

【编者的话】

《婚姻法解释(三)》一出台，围绕着“房子”、“票子”、“孩子”等的争论不断。有人认为这是让“男人笑、女人哭“的法律， 女方离婚后可能会被“净身出门”，家庭主妇会成为高危职业。也有人说，未来的婚姻将是“铁打的房子，流水的媳妇”，养儿子不“亏”了，不用“防”着儿媳了，老公约等于房东了，女人都要去做女强人了，做家务的男人会越来越多了……



那么，家庭婚姻法律，到底有没有保护女性利益？相关法律如何保证公平？以婚姻法为背景，本期周刊关注讨婚姻与法律中的公平问题，讨论如何通过法律保障权利公平，实现性别平等。

解释三中引起争议的焦点之一是财产分割问题。萧瀚一文指出一个看似寻常、却极易被忽视的事实：婚姻所有的远不止“财产”。相对于“财产”，影响婚姻和家庭质量的本质是“财富”。然而，现有的法律在保护财产性贡献的同时，往往忽视了家庭财富中其他要素的价值。

这个问题在“家务劳动”的评价上尤为突出。受到“男主外，女主内”思想的影响，中国式婚姻里，家务劳动主要由女性承担。相比直接的经济收益，家务劳动的“贡献”难以直接平均分割，也让女性在利益分配中处于相对不平等的地位。有“苦”劳而无“功”劳的家务劳动，真的没有价值吗？如果有价值，又该如何评价呢？借鉴经济学评估方法，冉启玉告诉我们，家务劳动也有其成本和收益，女性的家务贡献不仅是比较优势分工，还可以降低家庭经营成本，具有交换价值。基于对双方贡献的重新认识和理解，家庭贡献的评价标准还有待完善。

解释三中说明，“终止妊娠”是妻子的权利。回望过去，著名的“罗伊诉韦德案件”的胜利开启了美国堕胎合法化的历程。通过刁大明的文章，您可以知道这个颠覆性的判决的来由，还能够了解到，堕胎是如何被政治化，从一个社会生活议题演变为党派政治的标签，进而成为党争工具的。

法律的修改和完善，最终是为了保障公平。通过法律实现性别平等，女性主义观点值得参考。王丽萍追本溯源，以启蒙运动为起点，从女性主义法学的角度，介绍了历史上推动性别平等意识的具体实践。要求性别平等，不只关于女权，更有助于广泛实现人权。在让女性获得与男性同等的公民权之外，要求立法中的社会性别视角，是当下女性主义法学的“硬核”所在。

相一致地，周安平认为，单纯地“赋权”未必是实现性别平等最有效的法律方法，更需要的是改变法律实施的外部环境，对社会的公私领域进行去“性别化”，打破家庭是“私人领域”的固有观念，让“公共领域”的“公平”概念介入家庭中，并改变性别对立的社会分工。

除了法律之外，行政、道德和习俗等综合社会因素对婚姻家庭也有影响。在认定家庭婚姻具有公私双重属性的基础上，潘允康梳理了建国以来我国对婚姻家庭进行社会管理的理论和实

践，介绍了家庭成员关系在法律条文中的体现。通过文章可以看出，法律如何根据社会现实进行调整，以符合时代的需要。

最后，借助鲜活的史实，雷春红介绍了建国以来离婚法学重大问题的论争。从中您会了解到，社会转型中婚姻家庭观念的变迁怎样影响了法律，法律又如何体现观念的变迁。

在争取性别平等的历史上，法律并没有缺席。每一次舆论和思想界的论战，推动着法律文本的修订和社会制度的完善。既定的事实并非不可改变，要实现更加真正的公平和平等，有赖于公众的持续关注和自由讨论。

1510 周刊由「我在中国」（Co-China）论坛志愿者团队制作，每周出版一期，通过网络发布，所有非一五一十部落的文章均经过作者或首发媒体的授权，期待大家的关注和建议。

目 录


在 Google Buzz 分享本期周刊



【释】

7-1 萧瀚：那些被忽视的财富——兼评《婚姻法》及其司法解释

“好婚姻是婚姻各要素综合良性互动的产物——这才是婚姻真正的财富。认识到这一点，全面评价家庭财富也就不难，即使天长日久因种种原因而导致婚姻解体，双方也能尽可能公平对待婚姻存续期间各自对家庭的贡献和过失，从而正确厘定家庭财富。”

15 年前，当我为了房租和口粮拿着几年前考过的律师资格证书加入了法律服务行业时，初涉诉讼代理就接了一堆离婚官司。

那段经历提醒我，单以业务论，做不好离婚案的律师，通常不可能会是好律师；处理不好婚姻纠纷的司法，也不可能会是好司法。由于婚姻家庭关系连接着个人和社会，甚至还连接着国家，因此，它是个复杂的存在。

最高法院最新出台的《婚姻法司法解释（三）》再次证明了这一点——它再次激起社会舆论的强烈反响。对这个司法解释的众论纷纭甚至声贝很高的质疑与抗议，主要集中在财产分割方面。

问题确实出在这里：财产分割——上法庭的绝大多数离婚案件，纠纷的焦点也貌似在于财产，因此，无论是立法者还是司法者，以及评论者也都基本上在这套圈中游走。

问题是婚姻家庭里拥有的仅仅是财产这些有形的东西吗？仅仅财产就能够组建一个家庭吗？仅仅金钱就能变成冒着热气的饭菜吗？仅仅金钱就能有浆洗干净的衬衫？有孩子的欢笑？一所豪宅就等于一个家？婚姻的解体仅仅涉及家庭财产的分割吗？

NO！婚姻首先是男女两性、人的组合，其次才可能是其他组合；家庭首先是让你想到某个人或几个人——妻子、丈夫、孩子……，而不是那幢不会说话、没有喜怒哀乐的砖头水泥。



要讨论婚姻问题，需要讨论诸多问题：婚姻是什么？婚姻何为？婚姻中有哪些财富（不只是财产）；中国式婚姻的财富在家庭中的分配状态；中国婚姻立法与司法中的问题。

一．什么是婚姻及其财富

对于这个问题，个体理解而言，必定人言人殊。有的人把看成是良性寻求自己另一半的归宿，有的人把它看成传宗接代、抚养后代的工具，有的人把它看成搭伙过日子的经济体，有的人把它看成一张终生饭票——至少是长期饭票……。

自由缔结的婚姻（无父母等原家庭成员或其他人压力），通常会包括男女双方的情感（作为情感的爱情虽有深浅差异，但肯定有，随着时间推移还应加上亲情）、性的相互吸引、共同生活、生养抚育后代。因此，它是一个兼容了情感、物质、性和生育等男女共同生活要素的生活共同体。

这样的生活共同体，需要双方为共同体付出，这种付出也相应地包括感情的付出（双方对家庭中每一个成员的感情）、金钱的付出、为共同体得以存在和维系的劳动服务。统领这共同体生活的是双方具有互动性质的情感，它当然还涉及品质，所有其他一切都在其支配之下。于是，衡量一个夫妻共同经营的家庭的质量，取决于这个家庭的财富【英文中“财富”（wealth）的词根是 weal，意为“福利”、“幸福”，常常是与“祸害”、“不幸”相对的幸运，因此具有明显超越物质含义的精神性，而“财产”（property）则是明确的物质性的财物，尤其是地产之类的财产。】，而不是财产——财产虽然是家庭财富中的重要组成部分，不具有决定性价值。

因此，房子是家庭财富，存款是家庭财富，和谐的互亲互让的情感也是家庭财富，丈夫或妻子在外挣钱以供家用是家庭财富，另一个人操持家务也是家庭财富，一家人和和美美是最大的家庭财富。

所以，婚姻，就是基于男女双方合意而形成的生活共同体。一个婚姻，其家庭财富的大小，通常取决于精神性的情感和物质性的财产双重因素，精神因素是婚姻的灵魂，物质因素则是其躯体，两者缺一都可能导致婚姻的解体。



二．中国式婚姻的家庭财富

如果借助韦伯意义上“理想类型”或经济学模型的分析框架，假定一对夫妇结婚后生育一男一女两个孩子，两人相爱、感情甚笃，他们爱孩子，也被孩子们所爱，他们挣同样的钱，为家庭作出基本同等的劳动服务。对于这对夫妇来讲，家庭财富是不可分割的整体，房产和存款都可以分割，就是各自认同的双方都为家庭作出同等贡献都可以说清楚，但双方付出的感情是无法分割的，四个人的和睦、相亲相爱是无法分割的——这样的分割正如将一个人的上半身和下半身锯开，除了尸体和死亡，什么都没有。

上述理想类型的婚姻，在现实中是不存在的，除了相爱得感情同步的婚姻没那么多，还在于，基本上不可能找到两个人收入完全一样的，即使有收入完全一样的，男女为家庭服务的劳动均等尤其不可能。

男女两性有着人所具有的许多共同人性，也有着分属于两性各自的不同的自然属性。有了前者，就有了男女建立共同体的基础，有了后者就有了经营共同体的分工。男女平等应该是一种人格平等，不是做什么的对等。比如抚育孩子，通常女的远胜过男的，而干力气活，女的通常不如男的——历史上看，女人尤其在杀人方面远不如男的，而这成了男权社会的基础。

男权社会垄断了女性也能从事的大量工作，女性往往要付出比男性更多的精力和心血，取得高于男性的成就，才能获得承认，两个水准相同的男女，通常女的会被认为低于男的。不仅如此，男权社会在垄断社会性事务的同时，将女性赶入家务领域，却又极度蔑视家务，甚至养育后代这件人类最重要的事务，也因主要承担者是女性而遭到错误的蔑视。

半个多世纪以来，虽然男女平等方面，中国确实获得了长足进展，但男尊女卑的思想观念以及生活方式还随处可见。即使城市里男女平等精神得到更好的实践，但绝大部分农村，以及城市里的许多家庭，都还弥漫着男女不平等的气息。再者，中国的男女平等实践还附带着抹煞男女自然属性的恶果，因此一方面女性获得一定的平等权，另一方面，女性可能比不平等状态下负担更重——她们不但和男人们一样外出挣钱养家，同时还承担了大部分家务、照顾孩子等。因此，这样的家庭，在计算其家庭财富时，如果仅仅将金钱、家具、以及各种有形有物质

载体的东西和不动产作为财富内容，那么对于承担了共同体日常琐碎事务的这一方（大部分情况下是女方）就是极其不公的，他们的劳动没有得到应有的尊重，没有被视为家庭财富的组成部分。

三．中国婚姻的立法与司法

目前中国的婚姻法体系，无论立法，还是司法，在财产方面确实基本上都只是部分遵循国际惯例，例如对于婚前财产的肯定，但没有规定婚前财产在婚后增值部分计入婚姻共同财产。但是，也正如还有许多国家忽视婚姻家庭中那些一方长期不作财产性贡献而只专注于家务劳动服务性贡献的价值（但美国《统一婚姻财产法》里规定了离婚时财产富足方有对弱势方的赡养义务，而这是当由法庭垄断性排他性决定数额的，当事人自己无权决定），中国婚姻立法和司法中也都严重地存在着这种偏见与忽视。即使《婚姻法》第四十条规定了对家庭情感性照顾贡献更大一方有权在离婚分割财产时获得补偿（第四十条【补偿】夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。）但也只针对"夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有"这一种情形，却不及其他情形，言下之意是遇到共同财产制的婚姻，立法和司法都将无视情感性照顾为家庭财富作出的贡献。

在此次《婚姻法司法解释（三）》中，第七条和第十条是最为人所诟病的，对于第七条（第七条 婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。）人们担心的是夫妻一方通过自己的父母偷偷转移婚姻共同财产。而对于第十条（第十条 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还

贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。）

许多人反感它是认为它不保护婚姻中的弱者。其实这条解释本身没有太大问题，那些疑惑都是基于误解。虽然世界各国立法通常将婚前个人财产在婚后的增值部分计入婚姻共同财产，而中国《婚姻法》没有这项规定，但这条司法解释将“增值属于共同财产”写进去，这应该是做得很好的。但这条解释也有一个不明确的地方，就是假定出现这种情况：男方挣钱，女方在家操持家务，挣来的钱部分用于还贷，那么这种情况也应当被视为是用“共同财产”还贷的——也就是说贷款买房确立产权时，签约方尚未取得房产的全部产权，婚后继续还贷，无论这钱表面上谁挣的，都属于共同财产还贷。

结语

婚姻作为男女两性的组合，它所具有的特殊性因为牵扯许多伦理问题，因此，一旦出现纠纷，就不是那么容易对付。正如丹宁勋爵曾经在离婚案中提到过的，人们其实通常没有什么特别严谨周密的生活计划，因此，这就更是增加了解决婚姻纠纷的难度。

任何一个法治社会都有一个伦理底盘，没有哪个社会是纯粹依靠法律治理的——只有在伦理无法解决的情况下才求助于法律的强制力量。因此，一个倡导美德并且拥有美德的社会，才有法律的用武之地。而婚姻生活中的伦理状态，往往具有隐匿性，因此诉讼中法官也常常难以分辨真伪，所谓“清官难断家务事”。所以归根结底，婚姻生活的是非曲直只有夫妻双方最心知肚明——即使是成年子女也未必完全了解。但无论如何，夫妻双方若能真正意识到一个好的婚姻生活是需要双方都投入情感的关怀、勤奋的工作以及尊重和宽容，才能营造出来的，而不是任何单方的努力所能达到，也不是仅仅依靠任何一种单独的要素就能成功，好婚姻是婚姻各要素综合良性互动的产物——这才是婚姻真正的财富。认识到这一点，全面评价家庭财富也就不难，即使天长日久因种种原因而导致婚姻解体，双方也能尽可能公平对待婚姻存续期间各自对家庭的贡献和过失，从而正确厘定家庭财富。



中国的婚姻立法还存在诸多问题，还需要不断改进（例如包括引进由法庭垄断性决定的赡养义务的规定等），但法律不是万能的，指望法律万能，是缺乏自治能力的表现——更何况中国的婚姻立法如前文所言问题多多。家庭是社会的细胞，婚姻不仅是家庭的骨架，还是它的血肉，没有基本的情感和辛勤的经营，没有双方的相互尊重与体谅、宽容，再多、再公正的立法与司法，不但不可能拯救一个地狱里的婚姻，更拯救不了人之为人所需的基本品格。

2011 年 8 月 15 日於追遠堂。

（萧瀚，中国政法大学教师。原文链接：http://aisixiang.com/data/detail.php?id=43190）

【返回目录】

【议】

7-2 冉启玉：成本与收益：夫妻家务劳动价值的法经济学分析

“法经济学分析指出，家务劳动是一种需要成本、能创造收益、具有价值的劳动。我国婚姻家庭法应本着由夫妻共同分担家务劳动成本，共同分享家务劳动收益的原则,准确界定夫妻家务劳动收益的范围，增设夫妻家务劳动价值的量化方法，增加评价家务劳动价值的考虑因素，放宽夫妻家务劳动成本分担、收益分享的条件。”



家务劳动是为直接满足本家庭成员精神生活和物质生活的需要而进行的劳动[1] (p. 10) 。这种通常由家庭成员在家庭内部从事的未支付报酬的劳动, 主要包括下列活动: 煮饭、清洁、整理房间、洗衣物、购物、修理和维护住房、照顾家庭成员、从事园艺、宠物照料及家庭安排等[2] (p. 4) 。传统经济学家认为家务劳动只在家庭内部有价值, 但随着社会的发展, 人类的分工越来越细, 家务劳动作为人类劳动的一种特殊形式, 是一种需要成本、能产生收益, 具有社会价值的劳动。夫妻间从事家务劳动的通常是女性。通过立法承认夫妻家务劳动具有的价值是法律公平正义的要求, 体现了对女性的保护, 有助于实现男女实质平等, 被誉为是对经济上依存于丈夫的家庭主妇的“自卑治疗剂”[3] (p. 153) 。

一、夫妻家务劳动的成本构成分析

一个无可否认的事实是, 从事家务劳动需要一定的成本, 这些成本主要包括家务劳动的精力成本及机会成本。①但在现实生活中, 这些隐性成本往往为人们所忽略。

(一) 夫妻家务劳动的精力成本分析

在时间总量不变的情况下, 在某种劳动中的精力成本越大, 则投入到另外一种劳动或其他活动的时间就会减少。以全职夫妇为例, 在夫妻工作时间相同时, 从事家务劳动的时间越长, 自由支配时间就越少。而自由时间可以用来进行人力资本的投资, 也可以用于“劳动者体力的恢复, 智力的提高和个性的和谐发展”[4] (p. 240) 。非家务方利用工作之余的自由支配时间休息, 可以促使其体力的恢复, 产生新的精力, 因而在市场投入方面具有较大的精力优势。家务劳动方, 因在工作之余从事家务需要花费一定的精力, 该方就会有更少的自由支配时间恢复其体力, 影响其市场投入的精力, 在市场投入方面失去其精力优势。当从事家务劳动和社会劳动都需要花费一定的精力时, 从事家务劳动的精力强度大于闲暇时间的精力强度, 故从事家务劳动的女性往往选择精强度不大的工作, 甚至因其长期从事家务劳动而根本无精力投入社会工作或早早地退出社会工作。而从事社会劳动的精力成本往往与工资水平存在一定的关联性, 由于家务劳动主要由女方承担, 在已婚男女参与同样的社会工作时, 女性的社会收入往往较之男性低, 其中原因之一就在于, 已婚女性在婚后较之婚前在市场精力投入的降低。其次是女性在婚后需要花费更多时间从事家务劳动, 因而可能会减少对自身人力资本的投资。在一切资本中, 只有对人的投资才是最有价值的资本。对特殊的人力资本投资的积极性与花费在该项活动上的时间正相关,“当家庭部门用的时间更多时, 主要提高家庭生产率的资本投资的积极性会更大一些; 而当工作时间更多时,对主要提高市场生产率的资本投资积极性会更强一些。”[5] (p. 70) 由于妻子的主要时间是从事家务, 其对社会工作进行人力资本投资的积极性较男性低, 加上女性社会劳动精力投资较男性更少, 自然会降低他们的社会收入, 而低收入反过来进一步减少他们投入市场的精力及对市场人力资本的投入, 加大女性从事家务劳动的成本。

马克思的劳动价值论认为, 只有劳动才创造价值。劳动不是价值本身, 而是作为价值的活的源泉。劳动和劳动结果相统一, 是劳动者的基本权利和劳动解放的标志[6] (pp. 15 ,129) 。

家务劳动和社会劳动同属于人类劳动方式之一, 只是劳动地点及劳动内容等存在差异, 属于不同的劳动分工, 二者都需要精力成本。如果女性在家庭中以家务劳动这种精力成本进行投资

而不能分享该投资的收益, 会造成对女性的系统性剥夺, 既违背了家庭作为一个经济单位的利益分享规则, 也会减弱该方投资家务劳动的积极性, 对家庭这一经济组织体也可能造成破坏(导致解体) 。如果不对夫妻一方的家务劳动成本给予回报, 家务劳动方在夫妻时间配置博弈中处于不利境地, 在婚姻解体时也会削减该方在离婚博弈中的能力。

(二) 夫妻家务劳动的机会成本分析

家庭是一个经济组织体, 但其具有强烈的伦理性,家庭成员之间具有显著的利他性特征。夫妻间可能会因为一方在家庭中具有比较优势而放弃社会工作选择家务劳动, 或者基于婚姻家庭的利他思想而由一方主动承担主要家务劳动,"夫妻一方在从事这项工作的同时, 另一种更有价值的活动被放弃了"[7] (p. 7) , 因而家务劳动存在机会成本。由于从事家务劳动需要花费一定的时间投入,在时间总数不变的情况, 家务劳动者就只能通过改变时间分配的方式以承担家务劳动, 如通过不断减少参与社会活动的时间或者减少甚至放弃参与其他社会工作的时间等方式以保证有足够时间从事家务劳动。因此, 从事家务劳动的时间越多、年限越长, 其机会成本就越大。

夫妻从事家务劳动的选择取决于家务劳动的边际效用价值,"价值并不是商品内在的客观属性, 它不过是表示人的欲望同物品满足这种欲望的能力的关系, 即人对物品效用的感觉和评价。效用是价值的源泉, 效用大则价值大, 反之, 价值则小。"[8] (p. 122) 边际效用价值是每增加一个单位物品所引起总效用价值的增量, 它遵循效用递减规律。如果夫妻一方从事家务劳动的效用价值比从事社会劳动的效用价值大, 其就会选择从事家务劳动,反之就会选择从事社会劳动, 而且只有当家务劳动的边际效用为正时夫妻才会选择从事家务劳动。如果家务劳动和社会劳动的效用价值相等时, 则无论从事社会劳动和家务劳动都无区别。因此, 理性人假设下, 夫妻从事家务劳动的效用价值应当大于从事社会劳动的效用价值且其边际效用价值为正, 而家务劳动的效用价值越大,表明家务劳动方的机会成本也就越大。

总之, 家庭"这一生产单位的最重要的投入完全不是市场产品, 而是家庭成员的时间, 特别是传统家庭中妻子的家务劳动。"[9] (p. 94) 贝克尔认为, 家庭是由多个人组成的生产单位, 家庭中每一成员都在彼此了解、相互信赖下尽其所能, 自觉履行投入义务, 只有这样才能实现婚姻的最

大化效益[5] (pp. 4 - 5) 。家务劳动具有精力成本和机会成本, 是对婚姻的一种投资。一旦夫妻一方的收益大于边际成本, 则意味着该投资是有效益的, 就会鼓励投资者继续投资。反之, 该方就会减少投资, 甚至不再投入而宁愿选择经济组织体的解体。作为经济单位的家庭, 要求夫妻共同投资、风险共担、利益共享, 才能实现婚姻的最大化效益并能更长久维持婚姻关系。

二、夫妻家务劳动产生的收益

收益通常包括物质收益和精神收益。家务劳动所创造的精神方面的收益, 主要是由于家务劳动的分担如家庭安排、照顾子女等可以减轻非家务劳动方精神上的压力, 带来清闲的享受, 而有些活动如清洁、整理房间、清洗衣物等, 则本身可以为家庭成员带来精神方面的愉悦。物质上的收益, 主要包括家务劳动带来的分工收益、家务劳动使得家庭经营成本的降低、家务劳动的交换价值及非家务劳动方在家务劳动时间内获得的人力资本等。由于精神收益纯属主观感受, 难以客观衡量, 本文主要分析物质性收益。②

(一) 比较优势分工带来的收益

夫妻之间如何发挥各自的优势, 实行劳动分工, 以增加家庭的产出? 通常认为, 女性在家务劳动方面具有相对的优势, 而男性在社会劳动方面能产生较高的生产力。男女只有各自发挥自己的比较优势, 才能增加家庭的产出, 实现经济收益的最大化。"家庭作为一种社会机构保持下来, 表明了它具有重要的经济化效能, 而更为重要的因素是家庭促进了劳动的分工, 取得了来自专业化的收益。家庭通过丈夫在劳动市场从事专职工作, 妻子在家从事家务劳动这种互补活动的专业化而促进了家庭收益的最大化。"[9] 因此, 在男女之间根据各自的优势实行分工, 有利于增加家庭的产出, 提高家庭的经济效益。根据比较优势理论, 家庭的最佳方案是机会成本较低的配偶专于家庭生产。由于女性的工资普遍较男性低,其机会成本相对较低, 这样现实生活中从事家务劳动的任务就主要由妻子承担, 丈夫则利用其在社会劳动方面的优势参与更多的社会劳

动。妇女的时间主要分配于家庭部门, 男性的时间主要分配在市场部门的分工模式被认为是获得家庭福利目标函数最大化的一种有效途径[10] (p. 27) 。

既然夫妻一方在家庭中根据各自的优势进行分工由一方从事家务劳动, 另一方利用其在市场的优势参与社会劳动, 夫妇双方通过共同努力, 实现家庭产出的最大化。由于家庭分工是根据夫妻的比较优势, 发挥各自所长的结果，所以任何一方的劳动都应具有相应的价值。

(二) 家庭经营成本的降低(防止积极财产流出)

在传统的"男主外, 女主内"思想影响下, 许多已婚妻子担当着从事家务劳动的主要责任。妻子从事的家务劳动自然可以减少家庭中雇佣保姆的费用, 降低家庭经营成本, 防止家庭中积极财产外流。"妻为家事劳动,

则不须支付对价于他人, 家计费用即可减少, 则其减少部分, 对家庭而言, 就是家事劳动的价值。家事劳动之防止家庭中的积极财产流出之功能, 即为其获得评价之主要根据。"[11] (p. 155) 由于降低家庭经营成本是通过投入家务劳动的方式实现的, 该降低的成本则为家务劳动的收益之一。

(三) 家务劳动的交换价值

虽然家务劳动不具有一般商品的直接交换价值, 但通过夫妻之间的资源交换以及"置换"方式, 仍然可以实现其交换价值。

1. 理性人假设中夫妻之间的资源交换



理性经济人假设认为, 从事经济活动的所有人都是理性的, 他们具有抽象人的基本特征, 即假定每一个从事经济活动的人都是理性、利己的, 并且力图以最小经济代价去获得最大经济利益。在婚姻家庭中, 夫妻会考虑婚姻的成本及从婚姻中获取的收益。家庭是一个资源交换的场所, 只不过这种交换既包括情感等非物质的交换, 也包括物质上的交换。现实中的男女有的偏重前者,有的更看重后者。"人是理性的动物, 而社会生活是要求互惠关系的, 人们的选择是建立在要得到最大的奖赏和最少的代价之下的, 以便取得最大的利润或最好的结果。"[12] (p. 112) 在家庭中, 需要通过家庭成员共同投入共同经营, 彼此分享家庭收益, 获得对方经济上的供养及情感方面的爱与呵护。家庭成员应当共同投资于家庭, 以获取投资的收益以分享, 这样才有利于实现家庭收益的最大化, 增进家庭幸福。家务劳动是对婚姻非物质性的投资, 对该投资除了精神与情感方面的回报, 尚需要换取其投资应得的经济收益, 此种收益是通过家务劳动换取非家务劳动方的社会劳动价值实现的。

2. 家务劳动的交换价值

核算国民生产总值的方法主要有两种, 即以萨伊的生产要素理论为基础核算国民生产总值和以马克思的劳动价值理论为基础的计算方法。这两种计算方法都未将家务劳动价值核算在国民生产总值内[13] (pp. 59 - 60) 。而现代经济学家认为, 家务劳动实际也具有交换价值, 符合商品的特征。只不过家庭这种生产单位生产的主要"商品"是子女, 而不是传统的商品。"忙于抚养孩子的妻子用从事家务劳动的时间'换得'丈夫在市场上的工作, 而丈夫则'购买'妻子照顾他们共同的子女。"[9] 通过这样的方式, 实现妻子家务劳动的交换价值。对于此, 家务劳动虽然没有直接的交换价值, 但其通过"置换"方式仍然可以实现其交换价值。事实上, 家务劳动价值对准确计算国民生产总值具有非同一般的影响, 联合国第四次世界妇女大会有关资料资示, 仅一项没有报酬的家务劳动价值就约占国民收入总值的 10 —35 %[14] (p. 41) 。 (四) 非家务劳动方获得的人力资本夫妻获得的收益除了经济上的现实利益, 还包括一种并非直接以金钱形式体现的资本收益, 即人力资本收益。"人力资本是一个人拥有的从事具有经济价值的活动的能力、知识和技能, 它主要靠学习、训练和经历来获取和积累, 是决定劳动生产率的一个主要因素。"[15] (p.

129)在夫妻一方从事家务劳动的过程中, 由于夫妻经济方面的共同投入及一方对家务劳动的分担, 使得非家务劳动方有更多的时间和精力投入到自身的教育、培训中, 积极提高自身的职业素质和技能, 而这些素质和技能使得人力资本投入方在将来的生活和工作中终身受益。“学校教育通过提供知识、技能和分析问题的方法提高了人们的收入水平和生产力水平。”“收入分配的不平等与教育和其他培训的不平等之间有着正相关关系……失业与受教育程度通常有很强的负相关关系。”[16] (p. XVII ,4) 在这些资本投资过程中, 夫妻对人力资本在金钱方面的共同投资,极易获得夫妻及世人所认可。但夫妻在人力资本获得方身上投入的机会成本和精力成本这些隐性成本往往为人们所忽略。在婚姻期间夫妻双方共同分享该人力资本投资的收益, 而一旦夫妻离婚, 非人力资本方就不能分享该人力资本带来的收益。基于婚姻共同体的收益分享理论, 此种情况下, 此种人力资本一定范围的收益应当作为夫妻的共同投资所得。

三、夫妻家务劳动成本的分担与收益的分享: 婚姻家庭法相关立法

家务劳动是一种需要成本、能创造收益、具有价值的劳动, 这种承认应体现在婚姻法立法中。我国婚姻家庭法应从以下方面考虑由夫妻共同分担家务劳动成本,共同分享家务劳动的收益。

(一) 准确界定夫妻家务劳动收益的范围

我国婚姻法规定, 除另有约定外, 夫妻在婚姻关系存续期间的收入为夫妻共同财产, 但现行婚姻家庭法并未将知识产权的财产期待利益(包括尚未投入生成的知识产权和继续性使用的知识产权后期使用的财产性收益)纳入夫妻共同财产范围, 也未规定夫妻之间可以在一定程度上分享一方获得的管理技能、专业技能、执照、文凭、资格等人力资本收益。我国现行婚姻家庭法的规定实际上缩小了夫妻共同收益的范围, 减少了家务劳动的投资回报。因为夫妻一方在婚姻期间创造知识产权或获得人力资本的过程, 需要夫妻共同的经济投入, 家务劳动方在履行协助义

务、抚养子女、照料老人等行为中通常也存在机会成本及精力成本。离婚时如果不对家务劳动方的这些成本给予回报, 必然会损害其经济利益, 降低投入方的自我评价, 也不符合家庭经济单位的利益分享规则。因此, 我国婚姻法应明确知识产权的财产期待利益为夫妻共同收益。同时, 宜借鉴经济学中对管理技能、专业技能等人力资本的估算方法, 规定夫妻婚姻期间获得的人力资本在离婚后一定年限内的收益为夫妻共同收益。

(二) 增设夫妻家务劳动价值的量化方法

关于家务劳动的计算方法, 国外实践中采用替代成本法则和机会成本法则等进行计算[7] (p. 302) 。在从事家务劳动一方的机会成本能够确定的情况, 借鉴机会成本法则计算夫妻家务劳动的价值较为合理。如果能确定家务劳动方因从事家务劳动而失去从事社会工作的机会, 宜以该丧失的机会作为家务劳动价值的补偿。如果机会成本的确立存在难度, 则需要考虑相关因素, 宜参照替代法则计算, 但不宜采取简单的使用家政服务人员的工资标准计算家务劳动的价值(目前我国有学者提出用家政服务人员的工资标准计算家务劳动价值的主张) , 因为此种计算方法在很多情况下会降低家务劳动的价值。

对于知识产权财产性收益, 经济学主要采用收益法、成本法及市价法等进行评估。对人力资本价值的评价,在稳健、可行和公允的情况较多采用对未来收益进行折现的收益现值法或净现值法进行计算。虽然这些计算方法还无法达到精确的程度, 但不失为经济学计算人力资本和知识产权重要的方法, 在家庭法领域具有一定的可借鉴性。

(三) 增加评价家务劳动价值的考虑因素

在衡量夫妻家务劳动价值时, 应增设具体的考虑因素, 包括非家务劳动方从家务劳动中的受益的大小, 受益的期限及婚姻存续时间等因素衡量家务劳动的价值。



在评估人力资本价值时, 应考虑以下因素: 首先应考虑对人力资本方进行人力资本投资时的年龄, 因为该年龄决定了人力资本投资后新增收入流的期限长短; 其次应考虑人力资本的折旧现象, 一定周期之后又需要新的人力资本的投入, 该投资并非总是一劳永逸的; 最后应考虑人力资本的取得需要夫妻共同投资、社会其他方面投资、人力资本获得方的主观努力及实现人力资本的前景等。因此, 在采纳收益现值法或净现值法进行人力资本价值估价时, 宜确定一定年限内人力资本的收益作为夫妻共同收益的范围, 而不是所有的现值折算为夫妻共同收益。对此, 可以参照《中华人民共和国劳动合同法》等相关法律对高级管理人员离职后竞业禁止的年限限制(通常认为该期限与相关人员在前企业积累的人力资本或知悉的经营信息等相关) 的规定, 确定夫妻离婚后一定期限内获得的人力资本收益为夫妻共同收益。笔者认为, 结合人力资本的上述特点, 宜以人力资本持有人未来 3 —5 年时间的预期收益折现为夫妻共同收益, 对非人力资本获得方给予相应价值的补偿。

(四) 放宽夫妻家务劳动成本分担、收益分享的条件

我国 2001 年修订的《婚姻法》规定, 在夫妻实行分别财产制时, 如果婚姻期间一方在家庭中所作贡献较大的, 离婚时可以要求对方进行经济补偿。由于我国绝大多数夫妻实行的是共同财产制度, 而该制度的设计要求夫妻实行分别财产制, 其在现实生活中发挥的作用极其有限。在我国, 家务劳动仍然主要由女性承担。这些从事家务劳动的女性中, 绝大部分是实行夫妻共同财产制,且大量的双职工家庭中仍然由妻子承担主要的家务劳动,一旦夫妻离婚, 根据我国现行的离婚经济补偿制度的规定, 这些女性的家务劳动投资成本未得到分担, 也未能分享家务劳动创造的收益。因此, 应扩大我国离婚经济补偿的适用范围, 在夫妻共同财产制的情况, 如果一方明显付出较多的, 离婚时, 同样适用离婚经济补偿相关规定。同时, 我国婚姻法规定家务劳动经济补偿只是在夫妻离婚时适用, 如果夫妻不离婚, 则不能请求经济补偿。此种规定对获得家务劳动报酬的限制太严格, 会严重削弱家务劳动方从事家务劳动投资的积极性, 尤其是在分别财产制的情况。笔者认为, 在婚姻关系存续期间,从事家务劳动的一方也应当有权请求获得生活、学习等必

要的费用支出, 分享家庭分工的收益, 通过赋予夫妻在婚姻期间的费用请求权, 可以激励家务劳动者的投资积极性。

参考文献:

[1]蔡淑燕,徐慧清. 女性与家务劳动研究初探———兼评《婚姻法》第 40 条的立法不足[J] . 中华女子学院学报,2003 , (6) .

[2]Zick , Cathleen ; Bryant , W. ; Srisukhumbowornchai , Sivithee , Doeshousework matter anymore ? The shifting impact of housework on eco2nomic inequality , Review of Economics of the Household 6 , no. 1 (2008) .

[3] [日]高木督夫. 妇人运动における劳动妇人と家庭妇人———矶野论文の问题点[J] . 思想, (438) :9.

[4]王雅林,李金荣. 城市职工劳动时间研究[A] . 上海社会科学院家庭研究中心. 中国家庭研究[C] . 上海:上海社会科学院出版社,2006。

[5] [美]加里·斯坦利·贝克尔. 家庭论[M] . 王献生译. 北京:商务印书馆,2005.

[6]李铁映. 劳动价值论问题读书笔记[M] . 北京:社会科学文献出版社,2003.

[7]苏珊娜·格罗斯巴德·舍特曼. 婚姻与经济[M] . 王涛译. 上海:上海财经大学出版社,2005.

[8]张昆仑."边际效用价值论"的合理成分[J] . 经济学家,2001 , (2) .

[9] [美]理查德·A1 波斯纳. 法律的经济分析[M] . 蒋兆康译. 北京:中国大百科全书出版社,1997.

[10] [美]加里·S1 贝克尔. 家庭经济分析[M] . 彭松建译. 北京:华夏出版社,1987.

[11]林秀雄. 夫妻财产制之研究[M] . 北京:中国政法大学出版社, 2001.

[12]张文霞,朱冬亮. 家庭社会工作[M] . 北京:社会科学文献出版社,2005.

[13]王峰. 家务劳动的计量方法[J] . 能源基地建设,1998 , (6) .

[14]姜爱军. 妇女与家务劳动[J] . 中华女子学院学报,1996 , (3) .

[15]费方域. 企业的产权分析[M] . 上海:上海三联书店,1998.

[16] [美]加里·贝克尔. 人力资本理论:关于教育的理论和实证分析[M] . 郭虹,等译. 北京:中信出版社,2007.

---

①夫妻家务劳动的成本应包括家务劳动方的成本和非家务劳动方的成本, 如非家务劳动方接受正规教育期间的机会成本等,此种成本的存在使得夫妻家庭收入减少。由于本文主要分析家务劳动应有的经济价值, 对非家务劳动方进行人力资本等方面投资时的成本并未纳入本文分析的范畴。

②除了给家庭带来的内部收益外, 家务劳动还包括其外部性收益, 即对社会的收益。本文只探讨夫妻之间家务劳动应具有的价值, 故不涉及其社会收益。

（冉启玉，西南政法大学讲师。原文发表于《北方论丛》２００９年第５期。原文链接：http://www.xinxueshu.com/FreeArticle/2011/05/FreeArticle-fx-3650.html）

【返回目录】



7-3 刁大明：“罗伊诉韦德”：政治标签化的 35 年

“堕胎作为一个生活的世俗议题，与宏观的内政外交相比，留给选民更多了解、参与并发表意见的空间。政党政治也很容易通过这个离选民很近的话题实现对于自己支持者的直接动员。”

“堕”还是“不堕”，这是个问题。

1969 年，21 岁的诺玛·麦考维（Norma L. McCorvey）发现自己不小心怀孕时，她开始抱怨上帝待人的不公平。这个来自路易斯安纳的姑娘刚刚经历了一段失败的婚姻，孤身一人，在得州做侍者为生。收入可怜又居无定所的她，根本无力供养一个新生命。更加令其无助的是，按照得州百年来执行的法律，除非为保护母亲的生命，否则堕胎被严格禁止。

这种看似有些偏执的立法，并不能异想天开地找到太多文化根源。事实上，在美国建国后的很长时间里，联邦、州或者地方层次上都并不过多关注堕胎之类的司法问题。因为当时的美国法律传承着英语国家普通法（common law）的影响，延续了在法律和道德上不承认在胎儿具有“胎动”（quickening）之前所谓的“宪法人”地位。

对于传统的遵循一直保持到了 19 世纪 20 年。1821 年，康涅狄格州首先立法，把胎动后的堕胎视为违法。8 个月之后，纽约州走得更远：认定胎动之前的堕胎行为为重罪，并进一步推定胎动前的堕胎同样属于轻罪。此后， 1830 年至 1849 年短短不到 20 年间，当时美国的 30 个联邦州的 16 个都相继禁止堕胎。

这场立法运动最终在 19 世纪 60 年代快速蔓延为主流思潮。探究早期各州立法限制堕胎的动机，并非如人们后来习惯性认为的道德伦理甚至宗教情绪问题，而是极其现实的对于堕胎手术本身在医学技术上可能出现危险的担忧以及对于堕胎本身对妇女身心健康危害的忧虑。而当时主导这一思潮的力量，事实上也并不是宗教界，而是医学界。医学界这样做的目的至今还



没有统一的说法，一般而言，主流的观点除了认为他们担心手术安全问题之外，还有认为医学界要防止不断增长的游医的恶性竞争，或者是为了规范行业，以维护自身利益。直到 1900 年，堕胎几乎在每一个州里都被视为违法行为。当然有些州虽然追随了潮流，但仍然保留了相对温和的条件：比如在妊娠危及孕妇生命安全等情况，可以考虑实施'治疗性堕胎'等。

值得一提的是，很多早期的女权主义者也加入到了在各地推动限制堕胎立法的利益群体中间，包括苏珊·安东尼（Susan B. Anthony）或者伊丽莎白·斯坦顿（Elizabeth Cady Stanton）。当然她们的观点和现在她们的后辈正好相反：出于对于妇女身心健康与发展的考虑，赞成限制堕胎，主张以节育取而代之，治标治本。

根据某些统计数字，在 1840 年到 1870 年也就是限制堕胎的思潮占据统治地位的时期，全面禁止堕胎的法律并没有导致堕胎现象的减少，甚至当时美国平均每降生 5 至 6 个婴儿中就有 1 个死于堕胎。当时的非法堕胎仍然迅速增长，如果需要这种违法的服务，几乎随时随处都可以得到，如此的行为扭曲是所有人都不愿意看到的。

上个世纪 60、70 年代的美国社会陷入空前的动荡之中，嬉皮士、反战、民权运动、性解放标记着当时文化的叛逆。1971 年，在堕胎违法的情况下，当年的美国堕胎案例与 1970 年相比激增了 149%。在特定文化的背景下，年轻人的无畏尝试却带来了无法承担的后果。要是一个富裕家庭的妇女，或许还可以到个别自由州甚至是国外顺利解决问题，而穷人则不会那么幸运，她们只能求助于那些条件和技术都十分浅陋的地下诊所，手术失败常常危及生命。这在很大程度上把禁止堕胎的法律推向了损害平等人权的另一面，众多女权组织极力活动游说，希望堕胎解禁。

解禁运动虽然取得了比较大的成功，在 1966 年到 1972 年里相继有 18 个州修改了其限制堕胎的立法，但争取堕胎合法的利益群体并不满足于在少数州内取得的初步胜利，他们不断觊觎时机，谋求在全国范围内堕胎的放宽限制甚至合法化。在几次尝试失败之后，他们惊喜地听到了需要帮助的诺玛·麦考维的敲门声。

罗伊诉韦德（Roe v. Wade）

1970 年 3 月 3 日，在支持堕胎合法的组织支持下，化名'简·罗伊'（Jane Roe）的麦考维谎称自己被恶人侵犯导致受孕，并将执行得州禁止堕胎法律的达拉斯县检察长亨利·韦德（Henry Wade）告上法庭。庭审期间，这个案件引起各届的广泛关注，最终引爆了美国社会中'生命权'（pro-life）和'选择权'（pro-choice）的全面论争。

6 月 17 日，得州联邦法院做出了支持麦科维的判决，但是拒绝了制止得州继续执行禁止堕胎的法律。虽然麦科维在这期间已经无奈生下了不想要的女儿，但作为控辩双方的支持堕胎合法的社会组织和得州政府，对此判决都不满意，并最终把这一将改变美国社会生活的案件闹到了联邦最高法院。

1971 年 12 月 13 日，该案开始第一次庭审，举国瞩目。控辨双方针对两个方面的问题展开了激烈的争论。其一是妇女的选择权与胎儿的生命权，韦德一方认为胎儿是有生命的，根据宪法是需要平等保护的。而罗伊一方的辩护女律师韦丁顿（Sarah Weddington）则反驳说，宪法只保护人出生之后的权利，限制堕胎事实上正恰恰侵犯了宪法赋予妇女的权利。这位 26 岁的年轻女律师还指出，堕胎与否事实上是妇女自身的个人决定，属于隐私范畴，是宪法规定予以保护的隐私部分。

在水火不容的双方争执不下的时候，联邦最高法院正在出于新老更替中。虽然总统尼克松提名的刘易斯·小鲍威尔（Lewis Powell, Jr.）和威廉·伦奎斯特(William Rehnquist)已经通过了国会的批准，但毕竟没有宣誓就任。所以时任首席大法官华伦·伯格（Warren Burger）委托曾经为一家著名大医院做法律顾问的大法官哈里·布莱克门（Harry Blackmun）起草判决书。一则等待两位新任大法官，二则这件将颠覆美国社会道德规则的案件需要慎而又慎。

1972 年 10 月 11 日，时隔近 10 个月之后，联邦最高法院对本案进行第二次庭审。韦丁顿在这次庭审中的辩护引发了大法官们心理天平的微妙变化，她指出：虽然堕胎不是一件好事，但是为了保护宪法赋予妇女的基本权利，请让她们自由决定这样一件隐私的事情。

1973 年 1 月 22 日，联邦最高法院以 7 比 2 做出判决，支持罗伊一方，判决得州立即废止禁止堕胎的法律。2 张反对票来自怀特（Byron White）和后来成为首席大法官的伦奎斯特。

判决书基本采用了布莱克门先前数月研究思考后完成的初稿，从三个方面说明了这项判决的理由。其一，法律应该保护正在承受肉体和精神折磨而又不愿意生育的妇女，而不是法律地位不清的胎儿。“从一切情形看，联邦宪法所指的'人'都是特指出生后的人”。其二，自由堕胎权是个人隐私权的重要组成部分。

其三，法院应该对于妊娠期的不同阶段区别对待。最初三个月，胎儿没有成形，堕胎一般不会对于妇女造成危害，可以允许妇女有充分的选择自由；中间三个月期间州政府可以加以一些管理，但仅限于规范堕胎程序安全，以切实保护孕妇身体安全健康，堕胎的决定应由孕妇与医生协商做出；最后三个月，由于胎儿基本发育成熟，此时堕胎对于孕妇风险很大，州政府的禁止堕胎“才有了逻辑学和生物学上的合理性”。据此，联邦最高法院判决不加区别一律禁止堕胎的得州败诉，并立即修正该法律。

这一判决的影响绝不仅限于得克萨斯州，而是全美除了先前通过堕胎合法化的纽约州之外的 49 个州。随后不久，美国各州都严格按照联邦最高法院的判决修正了一切禁止或者限制堕胎的法律。有调查称，此后数年内，美国每 4 个适龄妇女就有一个曾经堕胎。

政治化的标签

“罗伊诉韦德”的判决已经距今整整 35 年，可以讲进入最高法院的司法程序，案中的罗伊和韦德都早已成为了站在不同阵营了符号。他们卷入这个案件，事实上是为全国妇女所进行的。这一判决深刻地影响了美国社会，开明派和女权主义者欢欣鼓舞，支持高院判决的同时，保守派开始忿忿不平。

然而，这样一个颠覆性的判决不但没有最终解决问题，反而导致了美国社会中持不同看法的两派的对峙：支持生命权与支持选择权的斗争。前者一般包括天主教徒、新教原教旨主义者以及保守派，后者则是女权主义者与在道德伦理宗教问题上持开明观点者的大联合。美国统治地位的两党也在这场纷争中找到了自己的位置，成为了这个社会议题争论在政治上的代言人，

共和党支持生命权，民主党选择了选择权，此次作为一件司法经典的'罗伊诉韦德'被政治化了。

70 年代之后的美国政党政治已经逐步摆脱了'南方民主党'的纷扰，回归到理想的两党政治环境中。民主共和两党逐步在地域、性别、族裔、年龄、受教育程度等选民人口统计学结构上都划分好了自己的安全范围。巧合的是，在不同层次的两党分野恰好与在堕胎态度上的对立相互重合：比如，南北的保守与自由之争，就生动地体现在堕胎议题上；而女性、少数裔、高教育水平等都同时既是当时民主党的关键词，又与堕胎自由的态度相互关联。

与此同时，堕胎作为一个生活的世俗议题，与宏观的内政外交相比，留给选民更多了解、参与并发表意见的空间。政党政治也很容易通过这个离选民很近的话题实现对于自己支持者的直接动员。换言之，堕胎成为了一个两党政治分野旗帜鲜明的操作化标签。

70 年来以来，在共和党更为长期控制白宫的情况下，最高法院法官的更替呈现出明显的保守取向。截至到目前所谓“罗伯茨法庭”（Roberts' Court），经历过'罗伊诉韦德'的大法官只剩下斯蒂文斯（John Paul Stevens）一人。在保守主义的主导下，最高法院的手臂不断扩张，不断修正“沃伦法庭”和“伯格法庭”带有自由倾向的判例，“罗伊诉韦德”也成为最为重要的扳倒对象。

在最高法院转向的大背景下，先后通过了多个令反对堕胎分子满意的判 例。1989 年的“韦伯斯特诉生殖健康诊所”（Webster v. Reproductive Health Service）明确支持了密苏里州禁止公立医院由公共雇员进行堕胎的州立法；而 1992 年的“生育计划组诉凯西”（Planned Parenthood v. Casey）虽然维持了'罗伊诉韦德'的基本思想，但却允许各州政府在无给妇女带来'不必要负担'的情况下管理堕胎事宜，并支持宾夕法尼亚州关于未成年人堕胎必须经父母允许的州立法。目前，美国大多数州都要求申请堕胎者接受强制性的辅导，以保证孕妇对于堕胎的信息了解全面；同时，很多州强迫申请堕胎者等到至少 24 小时，以保证孕妇本人深思熟虑。

任何决定得以实施或者维持，都离不开财政的供给。司法判例也不例外，而这也成为保守的共和党人限制堕胎的有效手段之一。除了一些州长和州议员采取一系列试图变通'罗伊诉韦德'的财政措施外，掌握“钱袋权”的国会也成为堕胎与否的党争前线。以财政遏制堕胎的始作俑者

就是去年底刚刚谢世的共和党资深国会众议员亨利·海德（Henry Hyde），其在第 98 届国会上提出的修正案明确禁止联邦资金用于或者资助堕胎手术，这就意味着很多公立医院不能实施堕胎，妇女不得不再次走进私人诊所。继“海德修正案”之后，国会经常在审议预算、拨款等事宜中加入对于堕胎问题的争论，堕胎议题从高尚的道德论战沦为犀利的党争工具。

“罗伊诉韦德”35 年来的每场选举中，堕胎都是两党候选人不可回避的议题，甚至人们很难想象一个共和党候选人会支持“选择”，或者民主党人爱上“生命”。这恐怕也是目前拥有巨大竞选财力和能力的前马萨诸塞州州长罗姆尼并没有得到共和党保守分子看好的原因，很多人还依稀记得这个摩门教徒在 1994 年与爱德华·肯尼迪竞争联邦参议员时，曾经公开支持堕胎。

偶然的历史有时蕴含着千丝万缕的关联，看似无关的事情，会在未来的某一天左右你的生活。1973 年“罗伊诉韦德”宣判时，还在耶鲁法学院的希拉里还需要一年时间的考虑才会嫁给比尔，深陷越战泥潭的麦凯恩正在天天谋划着越狱，而奥巴马仍在夏威夷外公外婆的呵护下乖乖地念中学。那时的他们或许最多只注意到 1 月 22 日林登·约翰逊因心梗的去世，而不是同一天的这个判决。但今天，他们必须借助这一判例来表现自己的政治忠诚，以实现对属于自己党派选票的最大化动员。

罗伊，或者麦考维，也并没有沉没在美国公众的视野中。她再没有做成称职的母亲：注定影响她一生的女儿一生下来就送了人。她再没有做成称职的妻子：整个 70 年代到 90 年代，她一直和一个叫康妮的同性伴侣一起走过。她甚至没有做成称职的“选择”派：1995 年罗伊突然宣布她将为反对堕胎而战。

2008 年 1 月 22 日，“罗伊诉韦德”35 周年纪念日当天，罗伊告诉人们，她将支持共和党党内候选人罗恩·保罗（Ron Paul）。后者曾告诉媒体，他认为“罗伊诉韦德”是“完全错误”的，罗伊则回应，“我们有共同的目标”。

（刁大明，清华大学中美关系研究中心主任助理。原文链接：
http://www.my1510.cn/article.php?id=3725）

【返回目录】



【法】

7-4 王丽萍：解读女性主义法学

“女性主义法学在宏观上关注法律制度对于女性的压迫并揭示压迫的根源，在微观上关注具体方面的男女平等，尤其是在堕胎、反家庭暴力、反对性骚扰等方面应受到的法律保护，同时提出了女性主义法学方法论，向传统的男性主义法学提出了批判和挑战。”



20 世纪的所有文化革命中，女性主义（Feminism）似乎注定会产生伟大的影响。女性主义法学(Feminist Jurisprudence)作为法学流派之一，在理论上和实践中产生的影响已为世人所目睹和认可。“由于当前妇女在法律职业中的努力，一种迅速发展的、有活力的和有前途的理论正在形成，它不仅会影响未来的妇女权利，而且会影响未来我们对法律实体的看法……是最富有创造性和新颖性的法律思潮”。[1]女性主义法学以其独特的方法论剖析法律问题，用社会性别视角观察历史、文化、社会现象，从而展现出与以往法学理论研究的不同进路，这已成为我国社科领域里的一个新的发展趋势。[2]妇女运动作为女性主义法学产生的内在动力和女性主义法学发展的巨大的外在推动力，有力地促进了妇女权利保障的立法和司法，也使女性主义法学从批判法学中分离出来，成为一支独立的、颇具影响力和生命力的法学流派。

一、女性主义法学产生的内在动力

妇女运动是女性主义法学产生的内在动力。两性平等意识的觉醒，可追溯久远。1673 年，法国启蒙运动先驱思想家浦兰·德·拉巴尔（Poulain de la Barre）发表了题为《论两性平等》的论著，深刻地批判了认为妇女天生卑贱的说法，提出了性别平等的观点，认为妇女的从

属地位是由社会的、历史的原因造成的。妇女作为群体、有意识地为消除性别歧视和改善自身地位而开展的社会运动则开始于 18 世纪，当时的启蒙运动为男女平权思想奠定了基础，而法国大革命则为妇女运动的实现提供了契机。

18 世纪西方兴起的启蒙运动（Enlightenment）中，启蒙思想家挑战封建社会的专制统治，提出了“天赋人权”，把“自由”、“平等”作为人类关系的理想准则，妇女的权利首次被置于民主、平等的价值体系中审视。狄德罗(Didevot Denis)在其 1772 年发表的《论妇女》的短篇随笔中，主张妇女的法律权利，谢瓦利埃·德·若古 Chevalier de Jaucourt)分析了婚姻家庭中的两性不平等，伏尔泰(Voltaire)撰文赞美妇女的智慧和勇敢，并对社会对妇女的不公正态度进行遣责，孟德思鸠(Montesquieu)也在其作品中表达了对女性处境的理解和同情，在其《波斯人信札》中论及妇女的美德及其对共和国的积极作用。虽然这些思想家提倡男女平权，但却是从男性利益出发论及妇女解放的，这表现在对妇女解放的矛盾心理：一方面同情和怜悯妇女，希望妇女获得“天赋人权”，另一方面又对妇女解放抱有恐惧态度，担心因妇女解放而侵害了男性自身的利益。因此，其著作中充满了矛盾，在同情妇女的同时，仍将妇女定义为有缺陷的男人：男人的管理能力比女人强，由男人当家作主理所当然，更有甚者将妇女视为二等公民。卢梭（Jean Jaques Rousseau）就认为，妇女因为体力不如男人，所以应该是软弱和被动的，女人生来就是为取悦男人、服从男人，她的责任就是尽量迎合她的主人，这就是她生存的伟大的目的。[3]以卢梭为代表的保守启蒙思想家把妇女定位于传统的社会性别角色，强调妇女的法律权利的出发点是使她们更好地为家庭尽责，教育子女。

法国资产阶级大革命中，妇女在进攻巴士底狱、进军凡尔赛等重大历史事件中扮演了重要的角色。但是，与男子肩并肩战斗的妇女却并没有与男子平等地分享革命成果。宣布“平等”、“自由”、“人权”的 1789 年的法国《人权宣言》，将妇女排除在外。其思想根源是：早期启蒙运动的思想家们认为男性是先验地理性思维，而女性则是非理性思维或者是感情用事（特别是歇斯底里的），只有那些被认为有理性的人才配称为人，妇女由于被认为先验地认为非理性，因而也就不是人，[4]《人权宣言》中的人自然也就不包括妇女。当时最有影响的奥琳波·德·古日（Olympe de Gouges）针对《人权宣言》，发表了著名的《女权宣言》(Declaration of the Right of Women)，指出：“妇女生来就是自由的，和男人有平等的权利。社会的差异只能建立

在共同利益的基础上”，这种天赋的权利应当包括“自由、产业、安全，尤其是反抗压迫”。[5]但是，掌权的资产阶级害怕妇女革命危及自身利益，对妇女运动进行限制甚至镇压。1793 年 10 月，政府下令封闭、解散各种妇女团体，禁止妇女参加公众活动，将妇女参加政治活动作为判逆罪处理，并将起草《女权宣言》的奥琳波·德·古日送上的断头台。1804 年的《拿破仑民法典》仍然带有父权的色彩，如“夫应保护其妻，妻应顺从其夫”、“亲权由父单独行使”、已婚妇女为无订立契约能力的人、“未得夫的同意不得为赠与、转让、抵押以及取得行为”，[6]再次将妇女作为私有财产禁锢在家庭中。

但是，随着工业和文化教育的发展以及妇女运动的继续，大批妇女走出家庭，法律上对于妇女权利的规定有所改观。英国 1839 年的《幼儿监护法》，规定母亲可以监护 7 岁以下的儿童；1875 年的《婚姻及离婚法》，使离婚合法化，妇女有权提出离婚；1853 年的《妇女财产法》和 1870 年的《已婚妇女财产法》规定了妇女的财产权。[7]至 19 世纪中期以后，欧美妇女在陆续获得经济、教育、工作等权利之后，开始把运动聚焦在争取妇女参政权利上，展开了妇女参政运动，从而掀起了女权运动的第一次高潮。

1848 年 7 月，美国第一届妇女权利大会在纽约州的塞尼卡举行，会议通过了《美国妇女独立宣言》（或称《美国妇女权利宣言》），以《独立宣言》为蓝本，指出男女平等应是美利坚合众国的基本精神，明确地将妇女选举权作为妇女运动的目标，标志着美国以争取选举权为主的女权运动的正式开始。1867 年，英国妇女参政活动者在曼彻斯特市成立了世界上第一个“妇女参政促进会”，[8]之后，其他城市如伦敦、爱丁堡、伯明翰等也出现了妇女参政组织，至 1898 年统一为“全国妇女选举权协会联合会”（National Union of Women’s Suffrage Societies），进行了声势浩大的妇女参政运动。作为女权运动的成果，1893 年，新西兰成为世界上第一个妇女获得选举权的国家，美国、英国、法国、瑞典、丹麦的妇女分别于 1920 年、1928 年、1946 年、1919 年、1919 年取得了与男子平等的选举权。

第二次世界大战的爆发，为妇女广泛走向社会、加入劳动大军提供了历史机遇，也掀起了女权运动的第二次高潮。

1949 年法国著名女作家西蒙·德·波娃（Simone de Bearvoir）发表了被誉为“西方女性解放运动的《圣经》”的《第二性》，指出：世界上只有一种人性，即男性，女人被看作是男性的

偏离，因此这个世界是男性的世界；是人类的文化造成了男性气质和女性气质，因此决定女性社会地位的因素不是单纯生理的、心理的或经济因素，而是社会的；父权制下的女性永远是次等的，是第二性的。此书为女权主义第二次高潮的到来奠定了理论基础。1963 年贝蒂·弗里丹（Betty Friedan）出版了《女性的奥秘》(The Feminine Mystique)一书，认为科学和大众文化维系了一种神话，即妇女只有作为妻子和母亲才能真正的快乐，这种女性性别观念使女性过着以妻子和母亲的角色为中心的生活；既然妇女被界定为命中注定围绕着男性和家庭生活，因此社会将她们归入二等公民；妇女虽然享有公民权，但在工作中她们没有平等的权利，在生育上没有控制权。[9]如果说第一次妇女运动浪潮是以争取妇女的各种权利特别是政治权利为主的话，那么发生在 20 世纪 60-70 年代的第二次妇女运动浪潮则更多地围绕着妇女对自己的身体权利的问题展开。其中废除禁止人工流产的法律成为各国妇女运动的一项重要内容。美国、联邦德国、法国的妇女分别 1967 年、1974 年、1975 年获得了自由堕胎的权利。另外，妇女运动的第二次浪潮冲破了传统政治概念的狭隘定义，提出了“个人的就是政治的”（Personal is Political”）的口号，认为妇女关注的问题，如性、生育、婚姻家庭、家务劳动等也是政治问题，以往妇女参政只不过把妇女纳入以男性为中心的政体中，许多参政的妇女为了稳固自己的地位而迎合以男性为中心的政体，放弃了对妇女群体利益的代表，因此妇女简单参政不能改变广大妇女的地位，必须改变以男性为中心的政体，改变政治的权力关系和关注点。与第一次妇女运动注重政治权利相比，这次更着眼于基层的妇女，在许多城市和小镇，都有许多的妇女服务中心和妇女之家，对妇女进行心理、文化等方面的服务。

与此同时，联合国在推进男女平等、提高妇女地位方面做出了很大贡献。1946 年负责促进人权的联合国经济及社会理事会成立了妇女地位委员会（Commission on the Status of Women），1952 年通过了《妇女政治权利公约》（1954 年 7 月 7 日生效），以给予妇女与男子相同的政治权利，帮助尚未获得选举权的妇女获得这一权利，防止已获得选举权的妇女被剥夺这一权利；1951 年国际劳工组织核准了《同酬公约》，确定了同等价值工作同等报酬的原则；1957 年联合国大会通过了《已婚妇女国籍公约》，以防止妻子在未得到同意的情况下被剥夺了本人的国籍，以及在离婚的情况下成为无国籍人；1962 年联合国大会通过了《关于婚姻的同意、结婚最低年龄及婚姻登记的公约的建议》，规定只有经过男女双方完全和自由的同意才能缔结婚姻，并建议最低的结婚年龄为 15 岁；1967 年联合国大会通过了《消除对妇女

歧视宣言》，目的是在法律上确保男女权利平等；1979 年联合国大会通过了《消除对妇女一切形式歧视的公约》，[10]规定各国政府承担义务并采取一切措施，包括立法，保证妇女在与男子平等的基础上行使和享有人权与基本自由，此公约还进一步明确表示，只通过法律是不够的，各国政府必须确保妇女事实上能行使法律所赋予的权利。1982 年联合国成立了消除对妇女歧视委员会，以检查和监测各国政府执行《消歧公约》的情况。联合国于 1975 年在墨西哥城召开了第一次世界妇女大会，通过了《关于妇女的平等地位和她们对发展与和平的贡献的墨西哥宣言》，宣言中将男女平等定义为：男女平等是指男女的人的尊严和价值的平等以及男女权利、机会和责任的平等；1980 年在哥本哈根召开了第二次世界妇女大会，通过了《联合国妇女十年后半期行动纲领》，特别强调就业、保健和教育是妇女发展的重要组成部分；1985 年在内罗毕召开了第三次世界妇女大会，通过了关于 20 世纪末 15 年妇女发展蓝图的《提高妇女地位内罗毕前瞻性战略》，在平等方面确定了三个基本战略的类别，即宪法和法律的步骤、社会参与方面的平等、政治和决策方面的平等。1995 在北京召开的四次世界妇女大会通过的《北京宣言》和《行动纲领》中提出了“社会性别主流化”，要求将社会性别意识贯穿于整个社会政策的制定、执行和评估的全过程中，并将实现性别平等当作社会政策的目标之一。

二、女性主义法学的思想渊源

据女性主义研究专家南希·F·科特的研究，女性主义一词大约是在 1910 年进入英语词汇的，女性主义的含义是妇女角色的“彻底的社会革命”，早期女性主义“有两个主导思想，即妇女作为人的解放和作为女人的解放，它的目标是消除妨碍妇女作为个人获得发展的一切障碍”。[11]《布莱克法律辞典》中给女性主义法理学的定义是：作为法理学的一个分支，女性主义法理学研究妇女与法律的关系，包括法律和社会对妇女偏见的历史、这些偏见在现代法中的消除、以及妇女法律权利和在社会中认可的增强。[12]女性主义法学的思想渊源是各种女性主义思潮。在 20 世纪的第二次妇女运动高潮中，涌现了不同流派的女性主义思潮。80 年代前主要有自由主义的女性主义、激进的女性主义、马克思主义的女性主义，80 年代后又出现了后殖民女性主义、后结构女性主义和后现代女性主义等新的女性主义流派。

自由主义的女性主义（Liberal Feminism）。自由主义的女性主义具有悠久的历史和很强的生命力。自由女姓主义者觉察到了存在于性别差异的社会规范与男子统治之间的联系，强调公众态度、法律和立法对于维护性别不平等所起的重要作用；她们的目标是在平等的基础上将妇女整合到社会的主流；她们的主要瞄准公共教育和立法，为消除使妇女获得平等机遇的法律和立法障碍奔走游说；她们不反对自由资本主义的体制，只是希望妇女能与男子一样进入这个体制、融入社会的主流中，在保持与男子真正平等的伙伴关系中实践所有的权利和责任，在机会均等的前提下与男子平等地竞争；她们并不彻底地拒绝男子与妇女之间存在天然差异的观点，所反对的是所谓“与生俱来的”严格分工和不平等的社会角色；她们不轻视作为妻子和母亲角色的价值，但反对社会力量将妇女压制在一种完全以家庭和家务为中心的生活之中；指出：女性的传统角色是母亲和妻子，因而不象男人那样进入公共领域从事社会劳动，即使工业化过程给妇女提供了走了家门的机会，她们大多从事“女人的工作”，即不需要复杂技术的、报酬低廉的且地位低下的工作，而那些地位高的、管理性的工作则被认为是男人的工作；提倡妇女在涉及婚姻、家庭、职业、政治及军事方面时的选择权。[13]自由主义女性主义的主要代表人物和著作是：玛丽·沃尔斯克拉夫特（Mary Wolfstonecraft）的《女权辩护》、约翰·斯图尔特·米尔(John Stuart Mill)的《妇女的屈从地位》、弗吉尼亚· 伍尔夫(的《自己的房间》、西蒙·波娃的《第二性》、贝蒂·弗里丹(Betty Freidan)的《女性的奥秘》等。

如果说自由主义的女性主义主宰了妇女运动的政治，激进的女性主义（Radical Feminism）则捕捉到了它的灵魂。激进女性主义产生于 20 世 60 年代的妇女解放和实践，主张革命而非改良。激进的女性主义者认为男人对妇女的压迫是最根本和最深重的压迫，妇女的解放斗争必须直接针对男人的统治；她们致力于更加广泛的制度革命和文化革命，而不仅仅是只改变态度和法律。激进的女性主义早期（60 年晚期和 70 年代早期）的主导观点在于强调两性之间的生理的、心理的和社会方面的相似性；认为是社会，而不是自然，使男女两性产生了差异；激进的女性主义者将性别的不平等解释为社会性学习性别角色体系的结果，这种体系指定给了男人与女人不同的性别角色，孩子受的教育就是自制一个男子主宰的异性关系秩序；她们批判男子统治的家庭安排和社会化方式，提倡建立在选择和平等的基础上的非传统家庭，幻想将人们从压制性的性别规则下解放出来的、男女不分的理想。激进的女性主义代表如蒂-格蕾丝·阿特金森（Ti-Grace Atkinson）、舒拉密丝·费尔斯通(Shulamith Firsetone)、罗宾·摩根

(Robin Morgan)、吉尔·约翰斯通(Gill Johnston)，都大胆而雄辩地反对对妇女的压迫。舒拉密丝·费尔斯通在 1970 年发表的《性的辩证法》中指出，由于女人在孕育婴儿时需靠男人的援助，从而逐渐形成女人对男人的从属地位，并提出了“生物学革命”这一激进口号，主张通过开发一系列的新技术以解除妇女由于生理因素形成的对于男人的依赖，这些技求包括用奶瓶喂养婴儿，把孕育婴儿的过程移到子宫之外等；在法国著名激进女性主义者 M·威蒂格构想的“新社会”中，只有人的概念，男人与女人的概念都将消失。

社会主义女性主义（Socialist Feminism）与激进的女性主义一样致力于大范围的社会批评和变革，然而，社会主义的女性主义者与脱离政治经济和阶级的动力而大谈性别的激进的女性主义者不同，他们继承了马克思主义的基本理论和方法，将女性主义对性别不平等的关注与马克思主义的以经济为基础划分阶级的分析联系起来，将性和家庭的领域与政治经济、阶级联系起来。认为经济与家庭以及阶级和性别之间存在着紧密的联系，从事有薪工作的妇女的经济地位影响着她们在家庭中的独立，高收入的职业妇女在私生活方面比低收入的妇女具有更多的控制权限，性别造成的工作区分或者说将某些职业确定为女性的工作的划分在维持性别分工和不平等中发挥着作用。

尽管 20 世纪 60 年代后期到整个 70 年代女性主义有很多种类，但妇女中心主义（gynocentrism）一统女性主义天下。妇女中心主义根据共同的生理的、心理的或者社会的经历来设定妇女的身份，处于男子的统治之下的女性在性压迫和反抗方面分享了相似的经历、倾向、价值以及利益。不论在社会观点和政治主张方面妇女的意见分歧有多大，她们共同的受压迫和进行反抗的经历都使她们统一起来，通过诉求妇女们的共同身份和姊妹情谊的现实来证明其理想和政治要求的正当性。以美国为例，在 1972 年至 1974 年间，国会通过了平等权利修正案和有关妇女权利的立法，后者涵盖了工作、教育、财产以及婚姻权利。1973 年最高法院就罗诉韦德案做出的判决决定给予妇女生育权。随着主流的女性主义在涉及性行为、卫生保健、对妇女的暴力等方面吸收激进女性主义者的观点，妇女运动形成了一个观念共同体。但是，一股反对女性主义的逆流在 70 年代后期逐渐形成。“新右翼”发动了反对堕胎运动并且在立法上获得了成功。例如，1977 年通过的海德修正案，中止堕胎医疗补助基金；平等权利修正案未能获得它所需的 38 年州的批准；再如女性主义主张的关键部分——育婴国家化、保健改

革和同工同酬，都由于新右翼和里根政府的保守的性别政治而陷于泥淖。更糟的是，在面对组织良好的反女性主义运动的同时，女性主义联盟内部出现了紧张状况。在女同性恋和种族问题上的内部分裂，围绕着是否与男同性恋运动和“新左派”联盟问题上的意见纠纷和冲突，都威胁到了并有可能使女性主义联盟的脆弱联系解体。70 年代后期和 80 年代早期抬高妇女、贬低男子的性别差异论在学院化的女性主义理论中凸显出来。南希·乔多罗(Nancy Chodorow)的《母性的自制》(The Reproduction of Mothering)以卡罗尔·吉利根（Carol Gillian）的《不同的声音：心理学理论与女性的发展》(In a Difference Voice: Psychological Theory and Women's Development)[14]均强调存在于男人和女人之间的心理、社会以及道德差异，认为妇女的同情、养育以及相关的照顾方式表明了妇女具有更优越的心理、社会和道德的敏感性。女性主义从早期强调两性的相似性以及妇女受压制的制度性根源转变为注重性别差异，诉诸妇女身份不再意味着仅仅是分享共同的被压抑和反抗的状态，而是指将所有妇女联合在一起的共同的心理倾向、价值及思想和存在方式。

由于自 60 年代末期，妇女运动的领导权一直掌握在白人的、中产阶级的、大多数受过大学教育的妇女手中，妇女之间的差异一直被忽视，因此到 80 年代早期，来自于工薪阶层的妇女、犹太妇女、后殖民地的妇女、有色人种妇女不断地表达对女性主义的不满，女子中心主义的妇女运动受到了激进的有色人种妇女及性激进分子的强烈批评。激进的有色人种妇女认为过去的女性主义反映的是白人的、中产阶级妇女的经历、价值和利益，排除了或边缘化了非白种人或非中产阶级的妇女的生活，有色人种的妇女的经历无法在占据妇女运动主流地位的妇女形象和在妇女解放的观点中得到反映，相反受到了解放运动的压制；并且认为性别不能从种族和阶级身份中脱离出来，有色人种的妇女不仅要遭受性别上的压迫，而且要遭受种族的、经常是阶级性的压迫，她们需要与男子结成稳固的联盟以反对种族主义和阶级主义。至 80 年代中期，宣扬妇女的社会性差异的声音大量传播开来，有色人种妇女、工人阶级妇女、后殖民地的妇女等新的女性主义者，捍卫妇女运动，强调妇女的多样化经历，批评主流女性主义已经形成的、帮助强化占统治地位的欧洲中心的、中产阶级的、白种人的社会规范，并借助于后结构主义对本质主义和基础主义的批判，在女性主义文化政治中诞生了一种新的社会和文化力量：后现代女性主义。后现代女性主义者宣称：“妇女”这个范畴是标准化和政治性的概念，无论从生理角度，还是从社会角度来衡量，性别身份都不是固定的，根本没有这样一种核心的性别身

份，以共同的心理倾向、文化价值或者社会地位为基础，清晰地将妇女与男子区分开来，性别一直有多样化的、相互冲突的和变换着的含义，它是不断进行着的社会冲突的场所。后现代女主义者反对用纯粹的妇女或女性性别身份的概念来组织知识和政治，她们喜欢使用包容多样化、复合的自我（如白人的、中产阶级的等），并且确认女性主义的知识和政治的永久多样性和不稳定性。后现代女性主义者指出，性别是一种关于两极性别身份的话语，有些话语（如科学和大众文化）以及社会实践（如法律、暴力和异性恋制度）把人类当作两极的、单一性别的自我——女人或男人，它们没有反映客观现实，也没有制造相互排斥的雄性和雌性自我，然而它们却产生了具有公共权威的文化符码和社会规范；由于它们被融入家庭、宗教、大众媒体以及科学语言和大众文化中，这些两极性别含义塑造了我们的生活，我们用它们的意象来想象我们自己，即使它们没有充当我们自己的镜子，它们也在我们塑造自己时发挥着样板的作用。尽管社会力量图谋按照这些样板的意象来塑造我们的生活，尽管我们经常用这些性别类象来描述我们自己，然而，我们的心灵生活和社会生活都缺乏样板的那种一贯性。[15]后现代女性主义具有颠覆性、挑战性和注重差异性、多样性的特点，反对男权统治模式，无视普遍性、同一性、一致性、主体性，对建立宏大的统一理论没有热情，不再一味地追求统一，更加注重女性与女性、女性与男性以及国家、种族、阶级间的各种差异。

美国后现代女性主义理论家朱迪思·巴特勒（Judith Butler）提出了批判性的女性主义性别谱系学，并对于权力、社会性别、性、认同均有研究。在她的《性别烦恼：女性主义和身份的颠覆》（Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity）一书中她指出，女性主义在无意之中增强了它所批评的两性性别秩序，同时，她反对女性主义去制造一种关于妇女受压迫和解放的一般理论的计划，作为替代物，设想了一种“批判性的性别谱系学”，其目的在于分析性别表演性产生（performative production）[16]和它与男子统治和异性恋系统的纠葛。她使用福柯的语言，对女性主义的一些核心概念提出剖析：她否认存在着普遍的、统一的“妇女”这一名词；在她的理论体系中，“社会性别”是表演性地产生的；“身体”也不是生物学意义上的“自然的身体”，而是由文化和权力决定的身体，同样政治也不是一种认同政治，而是“表现性的政治”，没有了绝对的是非、对错，知识也不再是客观的、理性的和普遍的，而是由权力决定的话语。她指出任何一种女性主义都无法代表地域、种族、文化、阶级、性倾向不同的另外一些妇女，强调多样性和差异性。

三、女性主义的法律方法

作为法学流派的一种，女性主义法学流派主要形成于 20 世纪下半期。在 20 世纪 70 年代至 80 年代中期，女性主义法学是批判法学的一部分，其发展与批判法学的发展紧密相关。一方面，批判法学对法律中性别歧视的批判属女性主义法学的重要内容之一，另一方面，一些女性主义法学的学者提出的一些观点也为批判法学所采纳。至 80 年代末，女性主义法学学者发现男性批判法学学者同样不顾及女性的愿望和要求，其理论同样仅为男人的理论。女法学者的觉悟使她们展开了对批判法学的批判和自身女性主义法学的构建。另外，受解构主义和后现代主义的影响，女性主义法学内部的统一理论受到挑战。特别是黑人女性主义对于传统女性主义法学理论的批判，导致女性主义法学内部的分裂。一位黑人女性主义发言人奥德瑞·洛德(Audre Lorde)指出：当白人妇女完全根据自己的经历来重新定义妇女时，有色人种妇女就变成了“他者”，是经历和传统“怪异”得难以理解的外人。[17]Kinberle Crenshow 在 1988 年芝加哥女性主义法律理论发展大会上宣读了《黑人女权主义者对反歧视法律与政治的批判》，反映了黑人女性主义的要求。黑人女性主义声称要建立真正能代表全体妇女的、特别是第三世界女性的组织和理论。90 年代以来，女性主义法学进一步向多元化发展，女性主义学者对法律领域展开了全面的批判和研究，取得了丰硕的成果。作为女权主义法学的代表，斯坦福大学法学院教授凯瑟琳·麦金侬（Katharine A Machkinnon）对女权主义法学作出了突出的贡献。她第一个提出“性骚扰”的概念并深刻地影响了美国的立法和司法，另外在她与其他女权主义者的共同努力下，印第安纳波利斯市颁布了一项反色情文学的命令。[18]凯瑟琳·麦金侬的著作《女权主义，马克思主义，方法和国家：理论的议事日程》、《建立女权主义的国家理论》等奠定了女性主义法学的基础。另外哈佛大学法学院教授米诺（Martha Minow）、加州大学的奥尔森（Francis E. Olsen）、马里兰大学法学教授罗宾·韦斯特（Robin West）、纽约市立大学法学教授谭竞嫦（Sharon K.Hom）等，也从不同侧面分析批判了美国的法律制度，从不同的侧面构筑了女权主义法学领域。[19]

女性主义法学者非常关注法律方法的重要性，认为“方法体现每种有关社会现实理论的特点，它确定这种理论的核心、组成和过程，并且会产生不同的政治概念……在这种意义上，方

法构成对真理的理解，它确定什么作为证据和什么作为结论”，如果仍然使用早已被现存的社会制度所确定了的方法去挑战现存的权力结构，则无法揭示现存的权力结构的不合理性。她们在提出女性主义法律方法的同时又强调，如果没有对女性主义法律方法的理解，法律领域中女性主义者的主张就很有可能被认为是不合法的和不正确的。这些方法试图揭示法律事件中易于被传统方法忽略或压制的特点。女性主义法学者提出以下几种女性主义法学方法论。[20]

一是提出妇女问题的方法（Asking the Women Question）。“妇女问题”一词最早是由法国女权主义者波芙娃在其《第二性》中提出的，之后被广泛运用于社会学、政治学等领域。在法学领域，提出妇女问题就是看法律如何没有把对妇女来说很重要的经验和价值考虑在内，法律规则是如何地对妇女不利以及是什么原因造成现行法律如此地对妇女不利。法律的中立性仅仅是一种假设，由于法律的某些特征不仅在一般意义上不是中立的，而且在特殊意义上也是男性的，因此提出妇女问题的目的就要揭示法律的单一的男性特征，揭示政治上是如何选择、社会制度上是如何安排使妇女处于从属地位的；如果不提出妇女问题，与妇女相联系的差异便被认为是理所当然的，而且会不被检查地成为法律歧视妇女的理由。而一旦提出妇女问题成为一种方法，则这种方法便构成对法律分析的整体批评，因为提出妇女问题这种方法要求认真地考察法律表面的背后，要求重新鉴别法律规范中的性别因素以及对法律规则的无性别适用。提出妇女问题并不一定要最终做出有利于妇女的决定，而是要寻找出性别偏见并且在具体的个案中做出针对该偏见的纠正性决定。

二是女性主义实际推论方法（Feminist Practical Reasoning）。即从理想开始推论，在这种推论中，法律解决方式是对具体问题的实际考察，而不是在相互对立和矛盾的观点中进行静态的推理和选择。女性主义法学者认为，妇女的推理不同于男子，妇女对情境和联系更具敏感性，她们更坚持普遍性和概括性，相信每日生活的实践性不能因为抽象正义而被忽视，宣称个人式的事实发现方法比单纯的规则运用要优越，而且那种从上下联系中推理的方法更尊重差异和无社会地位者的观点。女性主义法学的实际推论方法并不绝对排斥规则，也不反对演绎推理，[21]她们只是强调对特殊的联系予以关注，因为什么是必须做的，为什么和怎样做都等都是未知问题，取决于每个案件的具体情形，而不是来源于事先的定义和规定；特殊的细节和事

实不是破碎而不相关的，相反这些细节和事实代表着提高理解和统一的机会，新的情境会引起新的观点和新的法律后果。

按照罗宾·威斯特（Robin West）的观点，男性法学理论家们展示了一种特殊的推论模式，因为他们首要地、根本地讲是作为分离而自治的人来体验世界的，传统法理学和“批判的”男性法理学的基础都是“分离”的理论，而女性则是从“联系”之中进行思考的，她们的经验是联系的而非个体性，而这种“联系”是男性所不可能体验的。吉利根也认为，女性看待关系的方式不同于男性，男性把关系看成等级，而女性把关系看成网；对男性而言等级是不稳定的，他们的愿望是攀上顶峰，他们担心某个人也接近顶峰的位置，而对女性而言，网络是稳定的，她们的愿望是处在网络的中心，担心远离中心而处于边缘；女性的伦理是关爱或责任，她们用相冲突的责任来看待道德困境，关爱是解决冲突过程中的最重要的指引，而男性的伦理是权利或正义，他们认为权利和正义是解决冲突的关键。吉利根提出了以关爱伦理（任何人都不应该受到伤害）来补充正义伦理（每个人都应受到同等的对待）的立法。

三是提高觉悟方法（Consciousness Raising）。即通过以个人经验和叙事为基础的与他人的合作或相互接触，培养“个人的即是政治的”的意识，妇女的个人问题实际上是社会和政治问题。提高觉悟方法揭示了男女性别关系是一种集体的事实，而不是一种单纯的个人关系，作为“一种主要的分析技巧、组织结构、实践方法、妇女运动的社会变革理论”，强调妇女日常经验的广泛性和复杂性，从而使被忽视的声音的权威来源合法化。女性主义法学认为，传统法理学和道德与政治理论的很多主题实质上都来自于男性主义的生活体验，由于女性以一种与男性不同的方式体验世界、并以一种不同于男性的方式认识世界，而女性主义推理恰恰来自于这种不同的经验存在，男性的体验认为不成问题、合乎逻辑的事情，在女性的体验看来则可能正好相反。因此，必须重视女性的体验和经验。女性主义者把提高觉悟的方法运用于集体斗争和争取权利的社会实践，在揭露和抵制女性在强奸、性骚扰、色情作品等方面所受到的压迫和歧视，改变传统观念方面起到了很大的作用。

四是社会性别分析方法（Methodologies for Gender-Based Analysis）。这种分析方法自从意识到妇女在社会生活各个方面与男性并不是完全平等时就已经开始使用了，但这种方法直到 20 世纪末才成为倍受关注的分析方法，特别是第四次世界妇女大会的《行动纲领》中，重

申在每一个重大关切领域中社会性别分析方法的运用，如要“支持或加强促进两性平等和提高妇女地位的政策措施取得成功，则应在有关社会所有领域的一般政策中纳入性别观点，执行积极的措施，并在所有各级获得适当的体制和财政支持”，“应推行一种积极和鲜明的政策，将性别观点纳入所有的方案和政策之中，从而在做出决定前，就分别对于对男女产生的影响进行分析”。社会性别分析方法要求：考察女性与男性面对的不同的社会现实、生活期望、经济环境等，认识到一些妇女可能因性别因素而受到歧视，注意到法律以及社会公共政策对女性和男性的不同影响，从而分析法律、政策可能给女性带来的影响，特别是负面影响。社会性别分析并不要求男女享有完全同等的待遇，也不允许涉及到男女差别时（如与生育有关的问题），因为女性的特殊之处而对其歧视。社会性别分析的目的是利用法律和政策消除男女的不平等；“在制订法律和政策时，要具体分析法律和政策的规定会给男性和女性带来什么样的不同影响”，“在任何时候，决策者都应当确保他们自己的经验和偏见不妨碍他们全方位地看问题”，“如果某一项政策的选择对老年妇女的影响与年轻妇女的影响不同，或者对已婚妇女比对未婚妇女更有利，那么就可能意味着选择的政策的缺陷较大，就要考虑是否进入实施阶段”。社会性别分析强调，“只要妇女在立法界的比例依然偏低，他们就将由于数量少而处于严重缺乏代表性的境地，并且由于是克服了巨大的障碍才获得高级职位的，很多妇女领袖意识到她们在运用自己的影响力时必须小心翼翼”，“由于妇女作为一个阶级在政治—法律圈内缺少真正的权力，所以，以妇女利益名义所做的调整实际更多的是以统治阶级的利益为主，而不是对妇女幸福的纯粹关怀”。[22]1995 年北京《行动纲领》中，将社会性别分析“主流化”作为第四次世界妇女大会通过的 12 个战略性行动方案之一，并且是在这 12 个方案中，获得承诺度最高的行动方案。[23]社会性别主流化，要求“当涉及到促进妇女进步的机制时，政府和其他参与者应开展积极的、显而易见的措施使得所有政策和计划在制订时都考虑到性别问题，从而在决策之前可以分别做出其对女性和男性的影响的分析”，具体而言，“（1）确保在做出决策前，分别分析对女性和男性的影响；（2）定期回顾国家政策、计划和项目，评估就业和收入政策的影响，从而确保妇女能够从发展中直接受益，并确保经济政策和计划能够充分考虑她们对发展所做出的所有有偿和无偿的贡献；（3）推动男女平等的国家战略和目标，从而消除所有影响妇女权益的障碍和所有形式的针对妇女的歧视；（4）与立法机构开展适当的合作，推动所有立法和政策增加对性别的考虑；（5）通令所有部委在考虑政策和计划时加入性别因素并符合行动纲领，并指派高

级官员负责执行，在部委内部成立协调机构来开展以上任务，监督进展，并同相关组织进行沟通”。[24]2001 年亚太经合组织项目建议书和评估表中也对社会性别标准做出了明确的界定：在项目设计和实施过程中与妇女协商，妇女参与项目，项目对妇女的影响（即确保男性、女性都从项目中受益），其目的是有助于亚太经合组织论坛在设计、实施和评估项目时考虑妇女的利益，解决对妇女的一切潜在的不良影响。

在女性主义法律方法中，提出妇女问题用于披露法律的实质是如何将妇女及其他遭排斥的群体的视角悄悄地、毫无理由地湮没下去；女性主义的实际推论方法，扩展了法律相关性的传统概念，可使人们对法律中尚未反映出来的案件特点更为敏感；提高觉悟的方法，对哪些直接受上述原则影响的人们通过其个人经历的眼光测试法律原则的有效性。[25]用女性主义的法律方法对于许多已经接受的传统理论提出了质疑和挑战，明显地反映了一种政治议程，而不是努力实现一个基于中立性的现实目标。也正是由于这个原因，女性主义的法律方法“通常被认为是非学术的、离经叛道的或疯狂的，是门外汉和怪杰的技术”。[26]

四、女性主义法学研究的主要问题

女性主义自其产生就对法律、法学产生了很大的影响。妇女运动以及各种女性主义思潮有力地推动了妇女争取与男子平等的法律权利的进程，并促进了对于法律制度如何体现男性压迫女性的意志、男性如何通过暴力确立和巩固对于女性的统治等法律问题的深入研究。女性主义法学涉及到法律的诸多领域，提出了很多尖锐的问题，向人们展示了许多不同于传统的思想和见解。但从宏观上看，其最基本的问题是父权制与控制、以及女性的正义感问题。女性主义法学认为，父权制无处不在，国家在法理上是男性的国家，其在法律与社会的关系问题上采用的是男性权力的立场；法律看待和对待女性的方式就是男性看待和对待女性的方式；国家的正式规范在设计层面上体现了男性的观点，并借助于合法化的规范、以男性的利益构建社会秩序；法治创造了一种表面上公正无私的意象，却无视一种现实，即它强化了结构性的不平等；女性要求法律保护实际上就是要求按照男性观点确立起来的法律的保护；因此，自由主义法治国家是戴着法治面具的男性的统治——它的权力通过这一遁词的霸权而得到了强化。关于女性的正



义感，人们在传统上一直描述，女性的正义感是不成熟的，女性的是非理性的、不可预测的、情绪化的和粗俗的，与男性的深思熟虑、理性和远见正好相反；女性缺乏正义感，她们不能获得公正统治所必备的条件，必须让她们远离政治权力，以免她们破坏政治结构；文明是男性的杰作，女性的重要性是繁衍后代、照看婴幼、琢磨并修补男性创造力并以此维持文明。对此，女性主义者回应，男性与女性在本质上没有什么差异，任何表面上的差异都只是女性缺少机会，难以积累正义感赖以产生的生活经验，给予女性更多的机会将会保证女性与男性一样具有正义感。另有女性主义者认为，差异也许是有益的，如果女性确实具有一种不同的伦理和道德感觉，也许这与假设中的男性正义的客观性同样有效，也许更有效。

女性主义在法律领域的巨大的"成功"，具体体现在突出了对女性的伤害，并将其纳入法律的调整范围，如对女性的暴力问题、生育（堕胎）问题、色情作品、性骚扰问题等，这些问题过去一直隐藏在拒不干预的领域，均被女性主义法学者揭露并纳入法律的调整范围。对妇女的暴力问题是一个全球性的问题，妇女既是家庭暴力的主要受害者，又是社会暴力的主要牺牲品。联合国《消除对妇女的暴力行为的宣言》中，确认对妇女的暴力行为是"历史上男女权力不平等关系的一种表现"，"对妇女的暴力行为是实现平等、发展与和平的障碍"，对妇女的暴力问题是对妇女人权的侵犯，许多国家都采取不同的手段制止对于妇女的各种形式的暴力。女性主义法学的许多主张和观点对立法和司法产生了较大的影响。如美国在法律上承认性骚扰为犯罪行为，大多数州把婚内强行性行为定为强奸罪，改革了的自 1900 以来的禁止堕胎的法律规定，等等。

此外，女性主义者还提出了社会性别（Gender）这一重要的概念，以区别于性别(Sexuality)。性别是指男女之间的生理区别，是一种自然属性；而社会性别，则是指基于可见的性别差异之上的社会属性，是在社会文化中形成的属于女性或男性的气质和性别角色，以及与此相关的男女在经济、社会文化中的作用和机会的差异。上个世纪七十年代，随着妇女运动的深入，人们发现平等本身就包含着歧视：男女平等的标准是什么？是谁的平等？平等是否等于公正？认为以往追求的平等是以男性为目标，即强调妇女做与男子相同的工作、掌握一样复杂的技能、完成同样的工作等，如此的结果是：一方面，妇女从事的无计酬劳动如生育、家务等，被忽视了，另一方面，即使妇女从事与男子同样的工作，也没有实现同工同酬及同样的升

迁机会。因此提出了用"社会性别平等"（Gender Equality）弥补以前所倡导的平等（Equality）的不足。正如巴特勒指出的：性别是社会性的结果，人生下来天然地或是女性或是男性，但女性和男性是通过社会化进程变成女子和男子的，是社会而非自然决定了妇女和男子的生活形态，"性别社会化是一个过程，它使妇女把自己认定为男性存在的性客体，通过这个过程，女性把男性对她们的性别观念内在化为作为女性的性别特征"。[27]社会性别概念揭示了妇女的从属地位不是天经地义的，而是社会历史的产物，基于生理基础上的性别压迫和不平等是没有根据的，也是可以改变和消除的。女性主义者指出，社会性别歧视存在于社会生活的各个领域，可能表现为个体的行为，也可能表现为体制性的国家行为。社会性别概念的提出为学术研究、制订政策及执行和评估政策开辟了新的视野。第四次世界妇女大会所产生的纲领性文件《北京宣言》和《行动纲领》中，就反复强调"将社会性别意识纳入主流"，2000 年联合国大会第二十三届特别会议"2000 年妇女：21 世纪的性别平等、发展与和平"的召开，目的就在于审查和评价《北京宣言》和《行动纲领》的执行情况，包括"社会性别主流化"的实施情况。

五、女性主义法学简评

女性主义法学在宏观上关注法律制度对于女性的压迫并揭示压迫的根源，在微观上关注具体方面的男女平等，尤其是在堕胎、反家庭暴力、反对性骚扰等方面应受到的法律保护，同时提出了女性主义法学方法论，向传统的男性主义法学提出了批判和挑战。女性主义法学丰富了法学理论，开拓了思考问题的角度和视野，促使法学和法律工作者重新审视那些已经固定了的价值观，推进了男女两性在法律上的权利平等和在现实生活中的事实上的平等，特别是女性主义法学者提出的社会性别分析方法和视角，强调在法律、文化和社会结构方面进行社会变革的必要性，强调释放女性的潜能，均有其积极的意义和独特的价值。女性主义法学起源于批判法学，又从批判法学中分立出来成为一个独立的法学流派并愈来愈活跃，显示了女性主义法学极强的生命力。

女性主义法学的社会性别意识、社会性别分析方法以及社会性别主流化观点，对于立法、社会政策的制订、执行、评估具有拨乱反正的意义。法律和社会政策不可能建立在一个假设之

上，即男女人口是同质的并有相同的需求。任何经济结构本身必然有其社会性别的结构，劳动的性别分工特征、产业的性别集中趋势、工资收入的性别差异等都是这种社会性别结构的主要内容。现有的社会政策基本上是维持这一社会性别结构的。妇女作为个体要求与男性在各方面的完全平等和作为一个处于相对脆弱状态的群体希望得到保障是一个客观存在的事实。如果忽视这一性别现实，那么看似对所有人（不分男女）都一视同仁的社会政策却恰恰可能是对女性的不公平对待。[28] 我国虽然存在《妇女权益保障法》，但现实中仍然存在着侵害女性权益的情形，城乡贫困女性化、男女两性在劳动力市场上的不平等、教育和卫生领域的市场化对于男性和女性的不均衡影响、计划生育政策在社会性别方面的负面影响、妇女遭受的社会暴力和家庭暴力的侵害、女性参与社会决策的程度低[29]等问题值得我们深思和从社会性别的角度进行研究。我们只有用社会性别分析的方法对这些问题加以研究，采取一些有针对性的虑及到社会性别因素的政策，才能有效地平衡长期目的与短期措施、个人利益与社会整体利益的关系，从而实现男女两性的可持续性发展。

女性主义法学有助于人们重新审视平等、公平和正义。我们不能否认，当今社会在性别划分中形成了自己的思维定势，在男女两性的两极结构中，男性被认为具有更高的、核心的地位，女性被认为比男性更接近于自然，女性的适当领域是家庭私生活空间。由于男人拥有压倒女人的权力，男人观察女人的方式界定了妇女能成为什么样的人，[30]这时，法律要么成了压迫的合法化的工具，要么法律实际上是在实行男女差别对待。[31] 虽然，在单纯的自然状态下，所有的人都是平等的，根本没有谁比谁比较好的问题存在……每一个人都应当承认他人与自己生而平等，[32]不平等几乎是不存在的。但是，正是由于人类能力的发展和人类智慧的进步，不平等才获得了它的力量并成长起来；由于私有制和法律的建立，不平等终于变得根深蒂固而成为合法的了。[33]针对这种客观现实，女性主义法学透视法律及制度中的性别歧视，强调立法及司法中的社会性别视角，与其他诸学派的学者一起对于现代社会中的平等、正义进行了新的阐释。罗尔斯在其的《正义论》中曾给出了关于制度的两个正义原则的如下陈述："第一个原则 每个人对与所有人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。 第二个原则 社会和经济的不平等应这样安排，使它们：（1）在与正义的储存原则一致的情况下，适合于最少受惠者的最大利益；并且（2）依系于在机会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放"，强调"一种机会的不平等必须扩展那些机会较少者的机会；一种

过高的储存率必须最终减轻承受这一重负的人们的负担：所有的社会基本善---自由和机会、收入和财富及自尊的基础---都应被平等地分配，除非对一些或所有社会基本善的一种不平等分配有利于最不利者”。[34]罗尔斯期望达到一种事实上的平等，而这种平等实际上需要以一种不平等为前提，即对先天不利者和有利者使用并非同等的而是不同等的尺度，也就是说，为了事实上的平等，形式上平等要被打破，因为对事实上的不同等的个人使用同等的尺度必然会造成差距。[35]无疑，在法律下，对个体的不同待遇不一定造成不平等，并且，同样的，完全一样的待遇经常会造成严重的不平等。[36]这就诠释了女性权益为何要在法律及社会政策中得到特别的保护。

当然，女性主义法学也有其局限性。许多人包括女性主义者对于激进的女性主义所信奉的性别战争，女性成为牺牲品的景象以及分离主义的解决方法感到不快。激进的女性主义指出的：父权制的存在超越历史及社会、阶级及种族，性别压迫是一切压迫的最根本形式，由于父权制已经把性别歧视的观念深深内化于人们心中，因而这种压迫往往不易被觉察到；妇女被作为性工具、繁殖者、佣人、廉价劳动者而受到剥削；妇女被看作是劣等人，只是为了丰富男人的生活而存在；大男子主义是最古老、最基本的传统形式，其它一切剥削压迫形式（种族主义等），都是大男子主义的延伸——男子统治妇女，少数男子统治所有的人，有史以来所有的权力机构都是男性统治、以男子为中心的，男子控制了一切政治、经济、文化机构，并靠体力来维持这种控制，所有的男人都从大男子主义那儿得到经济、性和心理方面的好处，所有的男人都压迫妇女。这些激进思想产生的环境是 20 世纪 60 年代，一般认为那个年代是比较激进的年代，反传统、反文化、反客观，流行反实证主义和科学主义，在这种背景下，女性主义法学中也出现了反对婚姻制度、反对生育、反对异性恋的声音。由于只强调男女的差异及对立面，忽视男女的同一性，出现了将男女差异先天化以至形成女子中心主义的偏颇，在否认男性中心主义的认识论和价值观的同时，走向了从女性的经历中总结以女性为中心的“女性文化”及“女性价值观”的另一个极端。[37]另外，“个人的即是政治的”的口号虽然突显了女性在公共领域中受到的相关排挤和在私人领域中源于父权制的从属，但容易造成“过度社会化的人的概念”。为追求性别平等，我们不应谋取改变男性的私人身份，我们应要求他们对性别平等的物质和意识形态的公共支持，要求人们质疑那些仍然存在的、与生育的生物分工无关的劳动性别分工，[38] 虽然男女两性的自然差异不应成为法律和社会制度的基础。

作为一种开拓人类想象空间和生存空间的话语实践，当代女性主义法学已经突破了男女平等的权利诉求，转向揭示和批判建立在男性生存体验和知识类型之上的权力/知识结构。女性主义法学者在意识到传统的法治模式虽然为女性提供了参与社会公共生活的可能性的同时，又指出这种可能性是以忽视女性的存在和行动特征为条件的，这就使得女性在传统的男性空间（如行政机构、法院和立法机构）中不得不呈现男性化的特质，以此来确保自己的"成功"。可以说，女性主义法学是一种对女性及性别进行全方位认识的法学流派。其"硬核"已经并非单纯要求女性在婚姻、家庭、劳动就业和社会福利保障等方面享有与男性同样的权利，它更要求在分配和界定上述权利的过程中，乃至在以法律为核心的整个现代法治结构中加入女性的视角和女性的生存体验与思维方式，要求立法中的社会性别意识，从而改变法律的"单性繁殖"特征，使法律不再呈现一种单一"雄性"（Masculine）的特质。女性主义法学的目的，不仅仅是为了提高女性自身的权力、地位，更是为了使人权得到更广泛的贯彻和实现，使两性关系、婚姻、家庭乃至社会健康协调地发展。这正是女性主义法学的灵魂与魅力所在。

注释：

[1] 吕世伦主编：《现代西方法学流派》（下），中国百科全书出版社 2000 年版，第 1090 页。

[2] 左际平：《从多元视角分析中国城市的夫妻不平等》，载《妇女研究论丛》2002 年第一期。

[3] [英]玛丽·沃斯通克拉夫特：《女权辩护》，王蓁译，商务印书馆 1995 年版，第 98 页。

[4]法国法学教授格扎维埃·马丁在《论人权宣言当中的人》中揭露了"1789 年潜在的人类学原则"：它是一个强调人的理性的、文明属性的概念，这种"人"的概念把一般妇女和非欧洲人排除在外。"人"权、"人"的社会中的"人"，均指男人，兄弟及其家长。基于二元论的人类学的观点，男性等于理性，女性等于非理性，而理性不是一个人通过学习和自我克制能够获得的品质，如果他是男性，那么他生而具有这种自然品质。妇女永远不能成为理性的，从而也就不能成为人，不能成为拥有平等权的公民、拥有自己权

利的人。参见曲相霏：《人权主体论》，载徐显明主编《人权研究》第一卷，山东人民出版社 2001 年版，第 15 页。

[5] 全国妇联妇女研究所国际妇女研究室：《国际妇女运动和妇女组织》，中国妇女出版社 2002 年版，第 6 页。

[6] 当然，这些规定现在已经被修改。参见马育民译：《法国民法典》，北京大学出版社 1982 年版。

[7] 潘迎华：《19 世纪英国的政治民主化与女权运动》，载于《妇女研究》2001 年第一期。

[8] 穆勒(J.S. Mill)是创始人之一。在其 1861 年的《代议制研究》(Considerations on Representative Government)一书中，对妇女参政问题进行了专门的论述。其 1869 年的《妇女的屈从》(The subjection of Women)为妇女参政的经典之作。

[9] [美]史蒂文·塞德曼：《有争议的知识—后现代的社会理论》，刘北成等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 166 页。

[10]《消除对妇女一切形式歧视的公约》是世界上第一个界定"对妇女歧视"的国际法律文书，它将"对妇女的歧视"描述为"基于性别而产生的任何区别、排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权或基本自由"，公约的基本前提是，妇女必须与男子一样自由地不仅在政治和法律方面，而且在诸如婚姻、家庭和一般家庭生活领域做出选择。

[11] Nancy F. Cott, The Grounding of Modern Feminism, Chapter 1, New Haven, Conn. Yale University Press, 1987.转引自张立平《当代美国女性主义思潮述评》，载于《美国研究》1999 年第二期。

[12] Bryan A. Garmer , Editor in Chief, Black's Law Dictionary, Abridged Seventh Edition. West Group , 2000, 690.

[13] [美]史蒂文·塞德曼：《有争议的知识—后现代的社会理论》，刘北成等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 166-167 页。

[14] 吉利根是美国哈佛大学的教育心理学家。她在书中建立了一种关于"女性的声音"和关爱伦理的理论，区分了男性的"权利道德"和女性的"关怀道德"。认为当有人被指控为违反规则时，男性会迅速进行"审理"并予以谴责，趋向于根据不讲情面的简单规则来判断是否违反了规则，而女性则比男性更能理解

人，趋向于根据其全部人文语境来评价受指控的规则违反；指出“权利道德”与形式主义的法律（规则）风格相对应，而“关怀道德”与更为语境化的、个人性的和裁量性法律（实质正义）风格相对应。这种看法包含了一种发展为成熟的女性主义法理学的可能。参见[美]理查德 A 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 506-508 页。

[15] 参见[美]史蒂文·塞德曼：《有争议的知识—后现代的社会理论》，刘北成等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 169-172 页。

[16]她认为：性别是一种社会事实，人生下来或是女性或是男性，但是后来才变成妇女与男子的，而变成妇女就意味着采纳了一个核心的妇女身份，它反过来又形成妇女行动的基础。女性和男性是通过社会化进程才变成了妇女和男子；是社会而非自然决定了妇女和男子生活的形态，并且性别身份通过非法地赋予了男子凌驾于妇女之上的权力这种方式形成的。See Judith Butler, Gender Trouble : Feminism and the Subversion of Identity. New York: Routledge, 1989.

[17] Audre Lorde, Sister outsider. Freedom , Calif.: The Crossing Press,1984. 转引自[美]史蒂文·塞德曼：《有争议的知识—后现代的社会理论》，刘北成等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 170 页。

[18] [美]罗纳德·德沃金：《自由的法：对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社 2001 年版，第 310 页。

[19]吕世伦主编：《现代西方法学流派》（下），中国百科全书出版社 200 年版，第 1100 页。

[20] 前三种方法是凯莎琳·巴特利（Katharine Bartlett）1990 年 2 月在《哈佛法律评论》第 4 期（总第 103 期）中发表的《女性主义的法律方法》中提到的三种方法。

[21] 女性主义的实际推论方法并不是与演绎式法律推论完全相反的另一极端。演绎性的推论方法对任何一套事实都假设固定的、事先存在的法律规则会强行产生单一正确的结果。女性主义的实际推论方法则强调对特殊联系的关注。

[22] Kathleen Lahey, Gender-Based Analysis in Law, Research and Policy: Strategies to Mainstream Women’s Equality. Materials Prepared of Gender Workshops Canada – China Women’s Law Project, 2002.

[23] 在第四次世界妇女大会上，只有不到一半的国家（189 个国家中的 90 个）承诺改善妇女地位。在 12 个战略性方案中，除社会性别主流化以外的其他行动方案涉及贫穷、教育、卫生、针对妇女的暴

力、妇女和武装冲突、经济利益、权力和决策、人权、媒体、环境、女童。其中，49 个国家承诺社会性别主流化，41 个国家承诺妇女人权，35 个国家承诺对经济的平等参与。

[24] 第四届世界妇女大会报告第 202 段和 204 段。

[25] Katharine Bartlett，《女性主义的法律方法》，载王政 杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活·读书·新知三联书店，1998 年版，第 223 页。

[26] Hilary Charlesworth, Feminist Methods in International Law. American Journal of International Law, vol.93,1999, p294.

[27] Catharine A . Mackinnon, Feminism , Mexism, Method and State: Toward Feminism Jurisprudence. Journal of Women in Culture and Society 1983 Vol.8 转引自吕世伦主编《现代西方法学流派》（下），中国百科全书出版社 2000 年版，第 1117 页。

[28] 彭希哲：《社会政策与性别平等》，载于《妇女研究论丛》2003 年第三期。

[29] 我国的各级行政机构和政治领域的高级职位绝大多数仍被男性占据着，女性参政比例低，并且女性官员多负责诸如教育、卫生、环境、保护妇女/儿童/残疾人的权利以及社会福利等部门的社会性工作，而男性官员则主导着权力更大、资金更雄厚的部门，诸如国家安全、金融、建筑、能源和对外关系等。这样的分工进一步延续了女性的传统角色定型，使女性不能参加经济体制改革等关键领域的大部分决策。再如医疗制度改革后，医疗费用个人负担的比例增加，许多家庭倾向于把医疗资源用于男人和男孩身上而不是用在女人和女孩身上，并且老年妇女比起老年男性而言更容易受到健康问题的困扰。

[30] 麦金侬：《色情作品、民权和言论》，载《哈佛公民权利—公民自由法学评论》，1993 年第 28 卷，转引自[美]罗纳德·德沃金：《自由的法：对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社 2001 年版，第 314 页。

[31] [英]韦恩 莫里森：《法理学》，李桂林 李清伟 侯健 郑云瑞译，武汉大学出版社 2003 年版，第 511 页。

[32] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎庭弼译，商务印书馆 1985 年版，第 117 页。

[33] [法]卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，商务印书馆 1962 年版，第 149 页。

[34] [美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏 何包钢 廖申白译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 302-303 页。



[35]何怀宏 何包钢 廖申白译，[美]约翰·罗尔斯《正义论》中的译者前言部分。中国社会科学出版社 1988 年版，第 25 页。

[36] Kathleen Lahey, Gender-Based Analysis in Law, Research and Policy: Strategies to Mainstream Women’s Equality. Materials Prepared of Gender Workshops Canada – China Women’s Law Project, 2002.

[37] 当然，激进的女性主义法学的杰出贡献也不应忽视。激进的女性主义法学代表凯瑟琳·麦金侬从法学的角度旗帜鲜明地指出，男性的暴力行为是男性统治、压迫女性的主要表现，为此她致力于在理论和实践中反对男性的暴力行为，包括强奸、殴打妻子、乱伦、性骚扰、黄色淫秽作品等。

[38] [英]约翰·麦克因斯：《男性的终结》，黄菡 周丽华译，江苏人民出版社 2002 年版，第 209 页。

（王丽萍，法学博士，教授，山东大学民商法学博士研究生导师。原文链接：http://www.china-woman.com/rp/fs/open/html/xbpddlzq/llyj/24.html）

推荐延伸阅读：

西蒙娜·德·波伏娃：《第二性》

【返回目录】

7-5 周安平：性别平等的法律进路之批判[1]

"性别平等的公理性缘于人类平等的普遍性，人区别于其他'物种特性'的'人的本性'就是性别平等的'最终根据'。至于如何实现性别平等,女权主义存在同一平等理论与差异平等理论的争论。而无论是同一平等抑或是差异平等,都是通过赋予妇女法律权利的方法。这种法律方法由于不能改变传统法律的结构性环境,从而不能使性别平等的法律在现实中真正得到实现。"



在女权主义追求性别平等的运动中，性别平等的思想与要求不断地受到传统男权文化的诘难。男权文化以两性的自然差异作为支持其性别等级的生物性理由强烈地回应着妇女对性别平等的正当性要求。但是，性别之间的真正差别并不是生物上的区别，而是结构化的性别的区别。[2]两性生物学上的区别与性别的法律地位并不具有相关性。这种无关性表明，法律基于性差异之上的归类与等级区分只是反映了男权文化的偏见和不正确的旧习。平等若仅限于男性，那么它就不是一个普遍性的原则。[3] 人区别于其他"物种特性"的"人的本性"就是我们有权享有平等的"最终根据"。[4]在如何实现性别平等的问题上，女权主义存在同一平等和差异平等两种进路，但这两种进路是否能真正实现性别平等？笔者拟从这一反思性问题出发，指出两种进路之局限性，并在此基础上指出性别平等的最终法律进路。

一、女权主义性别平等的两种理论

既然性别是平等的，那么"所有禁止妇女按照自己的意愿获取某种社会地位的法律，所有使女人处于比男人卑下的境遇中的法律，都与伟大的自然规律背道而驰。"[5]自美国《独立宣言》以来，性别平等莫不为现代各国法律所肯定。但是，性别平等只是一项原则，原则上的平

等并不等于实际上的平等，于是，围绕如何将性别平等的法律原则转化为现实生活的实际问题，历史上女权主义又展开了关于性别平等的法律方法的争论。

自上个世纪 70-80 年代以来，女权主义运动就不再局限于对性别歧视的批判，而是与争取妇女权利相联系，为此就平等与差异展开了大讨论。温和派强调以男性世纪为标准参照系，通过无保留地消除性别差异，使女性同化于男性的社会准则与价值体系而实现男女平等。激进派则主张给予女性活动和女性特质以特殊价值，通过强化差异、弘扬女性文化来实现妇女解放。[6]由此形成为同一平等理论与差异平等理论。

同一平等理论与差异平等理论争论的焦点在于是否应当给予妇女以特殊保护。差异平等理论主张对妇女作特殊保护，因为她们属于弱势群体，处于不利地位；同一平等理论则反对给妇女以特殊保护，因为给妇女以特殊保护妨碍了竞争公正的原则，女性应当完全象男性一样服从市场经济竞争的规则，要求对妇女的保护性立法就等于承认了妇女的地位低于男人。

同一平等理论认为，强调对妇女的特殊保护是建立在这一假设的基础上，即妇女实际不如男性，是典型的性别歧视，或者其结果会强化性别歧视。差异平等的理论总是依赖于性别差异之一前提，因而其结果很可能带来这样一种危险，即强化社会性别的差异，而认为女人在某些方面低于男人。强调“性别差异不可避免地会导致等级观念的产生。惟有同一性才能确保平等。”[7]因此，争取性别平等要靠妇女个人努力奋斗，与男人展开个人层面上的公平竞争。同一理论认为，历史上妇女参政比例偏低的原因源于女性受教育的限制以及女性参政意识不强，因此，只要消除教育体制上的性别歧视，提高女性的参政积极性，女性参政的比例就会相应提高到与男性水平。同一理论强烈抨击差异理论背离了个人主义原则和放任主义原则，其结果会进一步导致集体主义和国家干预主义的危险。[8]

但是，同一平等理论强调的只是一种形式意义上的平等，其结果对妇女并不总是有利。平等的核心是相同这个概念，即，因为人们在某些方面是相似的，所以他（她）应该享有相同的待遇。但是在强调人类相同之处时，平等的要求可以被认为是掩盖了人类的差异，或者平等的要求可能会导致故意不理会历史上和日常经历中个人及群体的特殊性和独特性。[9] 因此，强调无差异的平等，其结果是，随着科学的发展，法律越来越忽略妇女生活中大量的特殊情况。最为严重的是，法律认为中立和公正将保证公平合理，却忽略了社会、经济和意识形态等因素



造成的许多不平等现象。正如麦金侬所批判的："一视同仁（treating like cases alike）的平等观念本身就可能成为导致妇女从属地位的帮凶，如果从男人的规范或男性标准的角度来判断妇女的平等，就更是如此。"因此，无视个人之间的差别，同一平等非但不能保证平等，相反创造了不平等。

也正是基于无视两性差异的同一平等理论的缺陷以及致女性于不利处境的担心，同一平等理论遭到了差异平等理论的强烈驳斥。差异平等理论认为同一平等理论忽视了社会性别角色的差异，忽略了两性的生理差别。尤其严重的是同一理论仍旧以男人的规范为标准，要求女人变得和男人一样，忽略了女性品质所特有的价值。同一理论所主张的妇女解放要靠每个人的个人努力，忽略了女性群体所处的不利地位。因此，差异平等理论坚决主张对妇女进行保护性立法，他们认为"对男女平等作无视性别差异的阐释是基于这个假设：存在于男女之间的差异相对来说没有多少社会意义。否认男女差异的明显缺陷是，它无视性与社会性别对每个人生活方面的影响之大。"[10]事实上，男女在生理上的确存在许多差异，女性特有的生理决定了很多方面，尤其是体能上不如男性。因此，两者起点的不同，决定了实质上的平等必须依赖于法律的衡平，否则，男女形式上的平等最终的结果仍然是性别的不平等。因此，法律面前的绝对平等并非总是对妇女有利。为了实现性别平等，有些性别差异是不可忽视的。"当这些差异在两性形式上的平等的名义下被忽略时，男女之间持续的、实际存在的不平等便会被掩盖、被合理化。至少在当前的社会背景下，形式上的男女平等常常可能结果上保证了而不是消灭了男女不平等。"[11]

差异平等理论坚持认为，"只有把蒙在公正头上的布揭去，允许她看到人类个体的全部特殊性，采取必要的区别对待，以同等对待真正相同的事例，区别对待真正不同的事例，我们才能使公正达到完全的平等。"[12]因此，追求平等同实际做法中的区别对待并不矛盾，甚至常常需要以实际上的差别来达到平等。[13]

不过，强调差异的平等理论同样存在致命的理论缺陷。正如批判者所指出的，在法律上将妇女看成一个需要特别保护的类别还可能鼓励同质同类的看法或"本质先于存在论"，即，将所有的女人视为同样的观点，致使某些真正需要得到某种保护的少数妇女反而丧失保护。[14]在劳动领域强调对妇女的特殊保护，其结果是限制了妇女的工作时间，禁止妇女从事如开矿之类

的危险行业，这些劳动保护法也许改善了妇女的健康和安全，表面上似乎保护了妇女，而其实是保证了妇女有更多的时间花在家庭生活上。同时，它也将妇女从某些行业中排斥了出去。[15]一个极端的例子是，美国氨基氰公司“保护”女工生育的办法是强迫她们在绝育与失业中作出选择。[16]

对差异平等理论的批判不仅来自女权主义，也来自社会其他领域。“反向歧视”的提出就反映了对差异平等理论所可能导致不幸结果的担心，即由于给予妇女以特殊保护而致个体的男性于不利的地位。因为给予妇女以特殊保护往往基于一种经验，这种经验认为妇女总是在某些方面无法与男性抗衡，而这种整体上的经验却不一定适用个人，因而原本应该平等适用的原则反而在保护的名义下遭致了破坏。

二、女权主义性别平等的法律进路之局限性

女权主义的同一平等与差异平等之争论其实反映了形式平等与实质平等的争论。形式平等又称之为“机会的平等”，机会的平等是指“法律确认社会中的个体普遍地享有参与社会生活的权利，从而体现出人的社会属性，并对个体的主体性的显扬提供法律的保障。”[17]其意在虽然事实上各人存在差别，但在法律上均作同等处理。形式平等的优点是公民的自由权能得到充分尊重，但却有可能产生不平等的结果。实质平等也指结果平等，该平等要求“在法律所确立的分配制度中，将社会资源以无差别的方式分配给社会成员，其结果使个体获得的社会资源大体上相当。”[18]结果平等的实现主要由国家采取积极措施给予弱者以扶助。对实质平等的注重在二次世界大战后的经济恢复发展阶段表现明显。实质平等有利于对少数民族、妇女和未成年人等特殊群体的保护，但单纯的强调也有可能牺牲效率与公平。根据上述分析，我们发现，同一平等与差异平等两种理论事实上并不绝对对立，但极端的发挥，两者都有可能产生不公平的结果。因此，平等还必须接受平等之上的公平价值的评价与指引。

公平，按其字面含义讲包括两层含义：一是公道、公允、允当、公益等，另一层面则是平等。公平与平等两个概念具有十分明显的一致性和联系：公平观经常以某种平等为基础，某种平等往往被认为是公平的。但是，公平与平等毕竟是两个不同的概念。平等是指人们的地位、

权利和福利等的相同，平等是对这种相同关系的反映，某种程度上具有一定的客观性；而公平则是对利益分配合理性的认定。认定公平在于人们所应得到的东西应与其具有或支付的某种东西相适应，主要是地位与作用、权利与义务、行为与报偿相称。公平是人的主观世界认为“应当”有的状态，因此，平等要接受公平的评价。[19]平等与公平的关系具体表现为，有些平等为公平的应有之义，有些平等则与公平无关甚至相悖，此时，不平等反倒是公平的内容。

因此，在公平价值的导向与规范下，同一平等仅限于抽象意义上的平等，也就是涉及于人的尊严与价值方面的人格平等。但以公平价值而论，也要求改变基于不可更改[20]（或更改没有必要）的生物属性的自然不平等而导致的事实上的不平等。前者要求同一对待，不作性别分类；后者要求区别对待，给予妇女以特殊保护。抽象意义上的平等往往停留于政治宣言与人权口号的价值层面，其实现的程度端赖于具体平等的分配过程。因此，性别平等不在于绝对不作性别区分，而在于怎样作性别区分。进而言之，具体平等的分配过程中何种情况下应该作性别区分就不仅关涉到差异平等能否实现，也关乎到同一平等在价值层面上能否成立。

一般来说，“在寻找区别对待他们的正当理由时，必须寻找那些合理的，不是任意提出的差异。差异的正当性本身就包含着一种价值判断，这种判断在其他事务中取决于社会的态度和问题产生的前因后果。”[21]这种区别对待的合理性是建立在作为区分标准的性别差异因素必须是影响公平的一项指标时方可采用，并且这种性别差异是基于不可改变的属性。[22]男女两性在性格、思维等方面的区分因为至今并无统一的认识，自然不能作为区别对待的理由。虽然，男女之间绝大多数差异来自统计学上的归纳，总体来看多多少少符合事实，但具体到某一个人，就不是这么一回事了。男女之间的精确的统计学差异在下列各项不适用于个人情况：体重、身高、寿命、数学潜能、进取心（aggression）、抚养子女的能力和体力。然而，男女之间还有属于其他范畴上的差异，不只是统计学上的归纳，而是关乎生殖能力、因性别而异的身体差异。这里所说的范畴上的性别差异是指——而且也仅仅是指，绝大多数女人具有繁殖后代的能力，男人一个也没有。[23]因此，性别的区别对待应该是以后者而不是以前者为依据，如劳动领域中的职业保护即是根据女性特有的生理规律为参照而制定。如果以个体上的差异，如身高与体重等性别非决定性指标作为区别对待的理由以实现所谓的平等则可能有违个体际的平等，反向歧视的现象也就有可能出现。

无论是同一平等抑或是差异平等，都是通过赋予妇女法律权利的方法。这种“赋权”的法律方法近年来不断地遭到学者们的质疑，正如考夫曼（Kaufman）和林斯德奎斯特（Lindquist）所批评的：“法律权利无法改变社会中的根本性支配结构。一般说来，人们观察到‘尽管权利有些时候对一个人或一种情况起作用，可如果让权利去改变塑造个人行为的机构权力和行为的组织结构，那就大难了’。”人权以及妇女的人权，都无法存在于抽象之中。[24]因为，无论是国内法还是国际法的法律权利都不是孤立的，他们是深嵌入在处于支配地位的社会和文化环境中的，他们离不开这个环境给予他们的解释。因此，（西方法典所定义的）人权应对的是个人的情况，几乎无力对付结构性环境。并且，即使有些情况下作为个体的妇女个人通常可以使用与权利有关的法律来控诉妇女的疾苦，有关人权的法律也无法为重新界定结构上带有性别的程序提供解决方案。[25]以经济领域为例，即便赋予妇女与男子平等的就业权利，甚至作出一些对妇女就业的保护性规定，由于并不能从根本上改变性别的结构性特征，因而，妇女更多的参加工作的事实非但不能减轻妇女的压力，反而加重了妇女的负担。导致越来越多的妇女要同时扮演挣工资与做家务的两种角色。[26]于是，妇女不得不在满足市场的新需要的同时保证她们自古以来所承担的家务职责，因此，承受着“双重压迫”。男性和女性在历史上所承担的不同家庭职责转化成为他们在付酬劳动者中权力的不平等，而这些不平等反过来又为全球化的进程所利用和强化。[27]于是，对法律环境作结构性的改革就纳入到了性别平等的视野中。

三、性别平等的最佳法律进路——传统法律结构性环境之批判

法律结构性的性别特征源于法律关于性别的公共领域与私人领域的两分法。法律建构社会性别基本的法律方法就是在法律上将人分为男性与女性，并以严格的公共领域与私人领域的划分作为其对应的活动空间。“法律倾向于分类和个体化确定界限，这种倾向以故意强调特殊的身份特征来否认歧视的系统性危害。”[28]这种两分法为法律之传统，制造了社会性别也强化了社会性别。社群主义以社会为本位，强调公共领域的政治自由，从而可能导致私人空间自由的丧失，从而使私人空间的秩序基于强力而维持。而个人主义则以个人为本位，强调私人的绝对权利与自由，排斥国家干预，从而使私人空间的不平等在自由至上的原则下又得以维继。于

是，公共领域与私人领域无论是在古代社会，还是在法治社会的今天都是不可沟通而分属于不同的法律系统的。而女权主义所倡导的性别平等的法律方法以及法治社会的性别平等的法律实践更多的是局限于政治公共领域，误以为只要妇女在政治上获得与男子的平等地位与法律权利，妇女就真正获得了解放。于是，政治社会关于性别平等的法律文本的意义因为私人领域业已存在的不平等事实而消减了，甚至因为私人领域中的性别不平等的消减而更加恶化了。几个世纪以来，女权主义运动的目标一直是或主要是争取妇女在政治上的公民权利以反对政治上的压迫。而当这一目标实现后，女权主义却再一次陷入了困惑：为什么妇女在获得了与男性同样的公民权利后，其不利的处境却并没有得到彻底改善。[29]

传统女权主义的法律方法的局限性，女权主义学者也有所察觉。早期激进女权主义者巴巴拉-布里斯（Barbara burris）认为全世界的女人构成了一个被男性“帝国主义”“殖民化了的”社会等级，和所有的殖民地人民一样，妇女的文化也遭到了镇压。而且妇女无法与其他反帝国主义团体结成联盟，因为男性统治着她们。[30]美国学者凯特-米利特在《性政治》一书中也写道：“当某一群体统治另一群体时，两者之间的关系就是一种政治关系。如果这种政治关系长久地存在着，它就会变成某种意识形态。所有人类文明都处于父权制之下：这些文明的意识形态即大男子主义。”[31]由于这种大男子主义的意识形态不仅仅植根于公共社会，也植根于私人领域[32]，这就意味着马克思主义法学所倡导的阶级分析方法对于妇女的真正解放并不是一个很有实效的分析工具。因为，阶级分析方法针对的是政治领域中的阶级等级制度而产生的反抗阶级压迫的一种分析工具，这种分析方法没有注意到妇女是分属于各个男人（既有统治阶级的男人，也有被统治阶级的男人）所辖的事实。对于妇女的解放而言，反抗阶级的压迫不如置换为反抗男人的压迫更有实际的意义。

“如果说法律的终极关怀是关心弱势，那么判决就应该会扰乱这个社会所盛行的权力关系、支配模式、及隶属关系。”[33]这种支配妇女的权力关系、支配模式、及隶属关系的法律结构就是关于性别的公共领域与私人领域的两分法。“如果我们探讨，应该成为一切立法体系最终目的的全体最大幸福究竟是什么，我们便会发现它可以归结为两大主要目标：即自由与平等。”[34]澳大利亚学者马格利特-桑顿说：“自由、平等、博爱——只有在作为政治的公共领域中才是可以实现的。如果妇女没有公共领域中被接受，自由与平等就永远是虚伪的。”[35] 这句

话的不完整性在于将自由与平等限于公共领域，而自由与平等显然不只是公共领域，还应包括私人领域。因此，马格利特-桑顿的命题的完整性就应该表述为："自由、平等、博爱——只有在作为政治的公共领域中与作为家庭生活的私人领域中才是可以实现的。如果妇女没有公共领域和私人领域中同时被接受，自由与平等就永远是虚伪的。"因此，性别平等的最终解决的法律进路，必须是重新审视而不是回避传统法律上的关于性别的公共领域与私人领域的二元划分结构。

公共领域与私人领域二元划分方法是西方思想意识形态的反映。主观与客观、本质与存在、精神与世俗、宗教与法律，传统的西思想的二元特征确实是渗入到几乎所有的分析活动中。[36]这种二元分析方法将"彼"与"此"绝对对立，强调两者的差异，忽视其存在的共性。于是，在这种意识形态的指导下，关于性别的公共领域与私人领域也就成了两个相互隔膜的领域而演绎着绝对对立的伦理规则。公共领域与私人领域适用的伦理规则的差异如果理解为相对的，那将大有裨益。但是如果这些差异被绝对化，那就非常危险。私人领域的不可侵犯一旦被神圣化，这种差异就绝对化了，其结果是男子基于强力而置妇女于不利。性别的公共领域与私人领域的两分法在处置家庭暴力这一历史性问题时，其窘境就凸现无疑。这表明，家庭作为公共领域与私人领域划分的传统标准制约了法律将正义带入家庭，而这一点，又假以家庭隐私权理论而获得了正当性。私人领域的神圣性一直顽固地拒绝法律的干预，性别平等始终是作为公共领域的政治话题。因此，改变私人领域中妇女的屈从处境就必须将公共领域的平等与自由的正义规则引入家庭：第一，家庭领域中的事务也有公共要素与私人要素之分，国家权力的谦抑只是针对私人要素而言，对构成家庭的公共要素仍然负有检查的义务。[37] 第二，家庭隐私权必须让位于个人隐私权，家庭内的个体以及家庭外的个体均为隐私权的主体而受到法律的保护。上个世纪下半叶，国际社会反家庭暴力的呼声终于打破了这一沉寂了几个世纪的坚冰，牢固的公共领域与私人领域的法律板块结构终于有了松动。国际人权法的援引，其意义旨在对国内法私人领域的传统性提出质疑。"非此即彼"终于让位于"亦此亦彼"。[38]公共领域的平等与自由的伦理进入了家庭，结果是公共领域与私人领域进行了有效的沟通，性别平等的原则终于在两个不同的领域起着全面维护妇女权益的作用。2001 年中国婚姻法的修正案，禁止家庭暴力，重视妇女家务劳动的价值等内容，或许也可看作是私人领域对公共性规则引入的信号。

但是，关于性别的公共领域与私人领域划分的缺陷不仅是私人领域与公正规则的隔膜，更在于其关于性别对立的社会分工。这种性别分工的观念认为，女人的生殖与抚育的生理决定了女性适用于家庭领域，而男性因为其理性与勇猛则适用于活动在政治法律的公共领域。性别分工虽然与原初简单的“男耕女织”有一定的渊源关系，但在历史发展过程，由于公共领域与私人领域二元对立的出现，并且因为公共领域与社会利益的紧密联系，性别分工也就被男权法律所建构。今天，随着大量女性进出家门，参加各种各样的社会分工，性别的自然分工这一历史条件在今天已经失去了生命力，以这样的理由说服妇女呆在家里，已经丧失了科学性与正当性。但由于男权法律建构的力量使然，公共领域与私人领域分别被塑造为具有不同的性别特征，劳动分工依然是建立在性别基础上的分工。正如女权主义者所提出的，今天的劳动分工仍然是基于性别的分工，即基于想象的不同性别的差异以及各自的特点而作出的劳动分工。这种想象的概念往往偏见地把妇女看成弱不禁风、没有理性、没有竞争力、被家庭所拖累的群体。这些特点被雇主当作排斥妇女的理由和妇女不能进入男性领域如科学界、军界、律师界等的借口，这是典型的性别歧视，这种歧视一方面反映了公/私领域划分的观点，同时也反映出男性力图维护在社会上占统治地位的行业的思想。[39]时至今日，私人领域的“女性化”与公共领域的“男性化”特征依然明显。因此，虽然性别分工的生物性依据在今天已经没有太多的市场，但通过赋予公共领域的“男性化”特征，女性与公共领域的距离虽然在法律文本上已经消除，但在文化和心理上与公共领域仍然保持着分离。只不过今天的分离与古代的分离表现的形式和原因不同罢了。

法律原初产生之际就排斥了妇女，并以男性的标准建构了关于性别的公共领域与私人领域的结构性环境。由于公共领域与私人领域沿用不同的伦理原则，男权制度的建构在将私人领域中建构为妇女的活动空间并从属于男性的同时，将公共领域塑造成具有男性化特征领域而排斥女性。因此，公共领域与私人领域划分缺陷不仅在于法律结构还在于其严重地包含了性别观念上的划分。这一性别观念就成为今天女性与公共领域分离的最主要障碍。因此，简单地赋予女性权利，让妇女参加公共的政治生活，并不可能从根本上改变业已浸泡了男权文化关于公共领域与私人领域的性别分工的文化观念。因此，关于性别的公共领域与私人领域的划分的“去性别化”也许更为根本，也更为艰巨。而这，虽然表现为法律问题，但显然已经不仅仅是一个法律的问题！

不过，对公共领域与私人领域进行“去性别化”，除了传统男权文化作祟外，还有重经验与重本土的观念或多或少消减了人们的改革热情。这种观念认为法律是由民族精神发展而来的，是通过风俗、民族信仰和习惯，也即“通过潜在的影响力，而不是立法者的专制”而产生的。因为习俗是建立和确立身份的手段。“改变习俗就是改变社会的身份及组成社会的个人的身份，而这也是此类改变为什么总是遭到猛烈抵制的原因。”[40]因此，这种观念极力反对立法者对法律制度进行深刻的干预，其结果是将法律赋予了一个“历史的”或“文化”的定义，这一定义掩盖了自然与法律的分离，既掩盖了法律对性别等级的原初建构的历史事实，又为现行法律中含有的性别歧视的内容张目。对此，马克思将之批判为“用昨天的卑劣行径来证明今天的卑劣行径为合法的学说。”“一旦皮鞭被认为是世代相传的”，它就能够“将女奴对皮鞭的反抗称为背叛。”[41]用休谟的话来说，一个人不能从“是”中推论出“应当”，有关事物实际如何的知识并不能告诉我们它应当如何。[42]由社会风俗、民族信仰和历史习惯所形成的性别等级的事实并不能证明这一事实的合理与公正。如果我们承认法律不仅仅是社会功利的算计，而且也是人类生活目的和终极意义的一部分；如果我们承认法律关系到人的全部生命，即不仅关系到他的理性和意志，还关系到他的情感和他的信念，[43]那么，对法律传统结构环境作出改革以获得公众，包括妇女的信仰，就不会存在这一观念的障碍。问题是，为什么理论家们反对出现在科学、宗教、文化和经济等领域中的人为等级，却没有兴趣在私人域作出同样的努力呢？毫无疑问，部分答案在于：男性哲学家不愿意去质疑他们从中所受益的两性分工。[44]这也表明，公共领域与私人领域的“去性别化”很艰巨，同时也表明对性别平等的研究还远没有结束！

注释：

[1]作者周安平，现为南京大学法学院教授，法学博士。（在刊物上首发时为苏州大学法学院副教授）

[2] 参见[美]萨莉-J-肖尔茨著《波伏瓦》，中华书局 2002 年版，第 66 页。



[3] 参见[美]艾莉森·贾格：《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 192 页。

[4] 参见[美]艾德勒：《六大观念》，三联书店 1991 年版，第 170 页。

[5] 转引自[美]约瑟芬-多诺万著《女权主义的知识分子传统》，江苏人民出版社 2003 年第 1 版，第 11 页。

[6] 参见吴小英著《科学、文化与性别——女性主义的诠释》，中国社会科学出版社 2000 年 10 月第 1 版，第 12 页。

[7] [法]珍妮微-傅雷丝著《两性的冲突》，邓丽丹译，天津人民出版社 2003 年版，第 234 页。

[8] 参见李银河著《女性权力的崛起》，文化艺术出版社 2003 年版，第 223 页。

[9] 参见[美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 207 页。

[10] [美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 200-201 页。

[11] [美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 196 页。

[12] [美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 194 页。

[13] 参见[美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 197 页。

[14] 参见[美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 199-200 页。

[15] 参见[美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 199 页。

[16] 美国氨基氰公司的有些工人必须同危害生育健康的有毒物质打交道，该公司不是设法改善工作环境使其更安全，而是要求做这类工作的女工做绝育术以避免因工人不育引起的法律诉讼。有几个女工

为了保住工作便做了绝育术。参见[美]艾莉森-贾格《性别差异与男女平等》，王政、杜芳琴主编《社会性别研究选译》，生活-读书-新知三联书店 1998 年版，第 199 页。

[17] 杨心宇主编《法理学导论》，上海人民出版社 2002 年版，第 36 页。

[18] 杨心宇主编《法理学导论》，上海人民出版社 2002 年版，第 36 页。

[19] 吕世伦、文正邦主编《法哲学论》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 504-505 页。

[20] 由于医学技术的出现，性别选择也有了可能，不过选择的只是一种外观上的性别，生理上的内在基因恐怕并不能真正能够改变。

[21] [澳]维拉曼特著《法律导引》，张智仁、周伟文译，上海人民出版社 2003 年版，第 222 页。

[22] 美国法院不但不容许非关乎男女生理差异所进行的差别待遇，同时也不容忍一些基于生理差异，但其结果却对女性造成特别不利的差别待遇。例如在依据民权法第七章认定工作上是否有性别歧视时，除了雇主明确排斥女性，毫无疑问可认定为性别歧视外，雇主故意因性别不同而私下进行差别待遇、以及表面中性但却对男女其中一个性别造成特别为利的后果，也会认定为性别歧视。参见[美]朱蒂思-贝尔《法律之前的女性—建构女性理学》，官晓薇、高培桓译，[台]商周 2000 年 12 月出版，第 26 页。

[23] 参见[美]保罗-布莱斯特、桑福-列文森、杰克-巴尔金、阿基尔-阿玛编著《宪法决策的过程：案例与材料》（第四版-下册），陆符嘉等译，中国政法大学出版社 2002 年 8 月第 1 版，第 982 页。

[24] 参见[加]克莱尔-吐兰纳-斯杰兰德著《全球化与性别：对于人权与市场的“中性化”的反思》，高云龙译，白桂梅主编《法治视野下的人权问题》，北京大学出版社 2003 年版，第 253—254 页。

[25] 参见[加]克莱尔-吐兰纳-斯杰兰德著《全球化与性别：对于人权与市场的“中性化”的反思》，高云龙译，白桂梅主编《法治视野下的人权问题》，北京大学出版社 2003 年版，第 267 页。

[26] 我国目前正炒得沸沸扬扬的妇女退休年龄其实也可能面临时这样一个困境，而国人往往更多的是基于政治考虑而没有注意到或者有意忽视了这一潜在的问题。美国学者朱蒂思-贝尔同样看到了这一问题，她说：在逐步放开女性进入公式领域的同时，女性在职业场上与公职上承担更重大的挑战，原本照顾家庭及子女的重担却未削减，到头来女性主义的主张反而增加了女性的负担，使女性活得更辛苦。参见[美]朱蒂思-贝尔《法律之前的女性—建构女性理学》，官晓薇、高培桓译，[台]商周 2000 年 12 月出版，第 26 页。



[27]参见[加]克莱尔-吐兰纳-斯杰兰德著《全球化与性别：对于人权与市场的"中性化"的反思》，高云龙译，白桂梅主编《法治视野下的人权问题》，北京大学出版社 2003 年版，第 257 页。

[28] [澳]马格利特-桑顿《不和谐与不信任——法律职业中的女性》，信春鹰、王莉译，法律出版社 2001 年 7 月第 1 版，第 21 页。

[29] 以经济领域为例，全球化与贸易自由化以来，妇女受教育、从业的人数及收入都得到了前所未有的增长，但其结果是"不仅妇女的处境远远没有得到最终改善，而且在妇女和其他市民社会群体中正趋形成的一致意见是，全球化和贸易自由化在许多方面加剧了现有的性别不平等，并且在国际层面上加深了男女之间权力关系的不对称。"[加]克莱尔-吐兰纳-斯杰兰德著《全球化与性别：对于人权与市场的"中性化"的反思》，高云龙译，白桂梅主编《法治视野下的人权问题》，北京大学出版社 2003 年版，第 251 页。

[30] 参见[美]约瑟芬-多诺万《女权主义的知识分子传统》，江苏人民出版社 2003 年 1 月第 1 版，第 200 页。

[31] 转引自[美]约瑟芬-多诺万《女权主义的知识分子传统》，江苏人民出版社 2003 年 1 月第 1 版，第 201 页。

[32] 家庭领域中的性别的自然分工导致了公共领域中的性别的社会分工，是为社会性别分工的最终起源。因此，家庭中的性别问题与性别冲突也许更为严重，家庭暴力的普遍性就是例子。

[33] [美]朱蒂思-贝尔《法律之前的女性—建构女性理学》，官晓薇、高培桓译，[台]商周 2000 年 12 月出版，第 260 页。

[34] [法]卢梭著《社会契约论》，商务印书馆 1980 年版，第 69 页。

[35] [澳]马格利特-桑顿《不和谐与不信任——法律职业中的女性》，信春鹰、王莉译，法律出版社 2001 年 7 月第 1 版，第 20 页。

[36] 参见[美]伯尔曼著《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 102 页。

[37] 参见[加]威尔·金里卡：《当代政治哲学》（下），刘莘译，上海三联书店 2004 年出版，第 710 页。

[38] 参见[美]伯尔曼著《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 105 页。



[39] 参见吕世伦主编《现代西方法学流派》（下卷），中国大百科全书出版社 2000 年 9 月第 1 版，第 1127-1128 页。

[40] [英]安德鲁·甘布尔：《政治与命运》，胡晓进等译，江苏人民出版社 2003 年版，第 66 页。

[41] 参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年第 1 版，第 207 页。

[42] 参见引自[英]韦恩·莫里森：《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟、候健、郑云瑞译，武汉大学出版社 2003 年版，第 199 页。

[43] 参见[美]伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 68 页。

[44] 参见[加]威尔·金里卡：《当代政治哲学》（下），刘莘译，上海三联书店 2004 年出版，第 693 页。

（周安平，南京大学法学院教授，博士生导师。原文发表于《法商研究》2004 年第 3 期。原文链接：http://www.xingbie.org/newsdetail.asp?id=872）

推荐延伸阅读：

盖尔·卢宾：《女人交易———性的“政治经济学”初探》

【返回目录】



【史】

7-6 潘允康：中国婚姻家庭的社会管理

“婚姻既是个人行为，也是社会行为；家庭既是私人的范畴，也是社会范畴。继续解决婚姻家庭管理中面对的个性和共性之间的矛盾，是未来婚姻家庭社会管理所面对的重大课题。”



婚姻是男女结合成夫妻的行为，家庭是婚姻的承续和扩展，由婚姻产生的家庭是以婚姻血缘关系为纽带的社会生活组织形式。婚姻家庭是社会的基础结构，承担着重要的社会功能。对婚姻家庭的社会管理历来是中国社会管理中的重要组成部分。

一、婚姻与家庭的私人性与社会性

用社会学观点看，婚姻与家庭既是私人领地，也是社会领地;婚姻从表象上是个人行为，从本质上是社会行为。婚姻是个人行为，是说没有当事人的参与，婚姻不能成立，不能实现，无论过去、现在和未来都是如此，特别是当代实行婚姻自由的原则，一个人要不要结婚，和谁结婚，什么时间结婚都是个人的自由，是个人决定的事，他人和社会都不得干预。然而，婚姻一定要得到社会的认可。社会学家费孝通说：“结婚不是私事”。“我说婚姻是社会力量造成的，因为依我所知世界上从来没有一个地方把婚姻视作当事人个人间的私事，别的人不加过问的。婚姻对象的选择非但受着社会的干涉，而且从缔结婚约起一直到婚后夫妇关系的维持，多多少少，在当事人之外，有别人来干预。这样，把男女个人间的婚姻关系弄成了一桩有关公众的事件了。这并不是一般人的无理取闹，或是好事者的瞎忙，而是结合男女成夫妇所必须的手续。”[1](P29，33)婚姻是社会行为，社会要对它实行管理，比如，结婚必须登记，没有到婚姻

登记机关履行过婚姻登记手续的婚姻是得不到社会的正式承认的;结婚后当事人必须履行婚姻法规定的婚姻家庭义务和责任，如果违规要受到社会的干预，甚至制裁等等。

美国社会学家古德认为：在绝大多数部落社会，亲属关系模式是整个社会结构的主要组成部分。与此相反，在现代工业社会中，家庭只是整个社会结构的一小部分。不过，家庭在这种社会中也仍处于关键地位，特别是将个人与其他社会机构如教会、国家或经济机构联系起来。假如没有这个看来原始的社会结构所做出的贡献，现代社会就会崩溃，这是确实无疑的，尽管它有复杂而先进的技术和训练有素的科层组织、阶级制度，包括它对教育和其它机会的限制，或高或低的社会流动率和出生时的社会地位，也是建立在家庭基础之上的。[2](P4)如果我们将人类社会比做一个有机体的话，家庭就是这个有机体的组成细胞，是基础结构。恩格斯说："根据历史唯物主义观点，历史中的决定性因素，归根结蒂是直接生活的生产和再生产。但是，生产本身又有两种，一方面是生活资料即食物、衣服、住房以及为此所必须的工具的生产;另一方面是人类自身的生产，即种的蕃衍。一定历史时代和一定地区内的人们生活于其下的社会制度，受着两种生产的制约：一方面受劳动发展的阶段的制约，另一方面受家庭发展的阶段的制约。"[3](P2)无论如何，今天家庭仍然是社会日常生活的基本单元，它承担着包括人类自身的生产，即种的蕃衍在内的多种重要功能，因此，社会要对它进行管理和控制，以维护家庭生活的正常秩序，保障家庭功能的正常发挥。

二、以法律为中心的多手段综合管理

婚姻家庭的社会管理是对婚姻家庭的社会控制，所谓社会控制是通过社会的力量使人们遵从社会规范,维护社会秩序的过程。1949 年中华人民共和国成立伊始，就开始了对婚姻家庭实行以法律为中心的多手段综合管理，包括法律的确立与实施、行政干预、道德制约、习俗影响、舆论监督等多个方面，管理的核心是理顺和确立家庭成员权利义务关系，建设符合中国文化传统与中国国情的和谐家庭。



(一)法律的确立与实施

现代国家皆以法治国，法律是社会生活的杠杆和准绳。1949 年中华人民共和国成立后就确立了以法管理婚姻家庭的理念，1950 年 4 月 13 日它制订和颁布的第一部法律就是中华人民共和国婚姻法(相比较而言中华人民共和国第一部宪法到 1954 年才出台)，说明社会对婚姻家庭管理的高度重视，以后，在 1980 年和 2001 年又先后两次修正了婚姻法。

1.婚姻法确立了对婚姻家庭管理的基本准则

婚姻法所确立的婚姻家庭的总则是对婚姻家庭进行社会管理的基本准则，主要是婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女、儿童和老人的合法权益和计划生育等五个方面。婚姻自由，是确定和保证婚姻当事人对婚姻的自主权和决定权，包括结婚自由和离婚自由;一夫一妻，是对配偶人数的规定，禁止重婚;男女平等，是对家庭成员性别角色关系的规定，家庭成员不分性别，一律平等，主要是夫妻平等;保护妇女、儿童和老人的合法权益，是对家庭成员中的弱者的保护;实行计划生育，是根据中国的国情，对生育子女数量的控制和限制。

2.从婚姻法的沿革中看婚姻家庭管理理念和更新

(1)1950 年婚姻法的主旨是反对封建婚姻制度，确立新民主主义(社会主义)自由民主婚姻制度的基本准则和框架

1950 年 4 月 13 日经中央人民政府批准公布并开始实施建国后的第一部婚姻法，简称 1950 年婚姻法。该法共包括 8 章 27 条。该法针对旧中国国民党统治时期的半封建婚姻制度，在反对包办买卖婚姻，实行婚姻自主自由，强调男女平等，确立一夫一妻制等方面作了规定。

该法的第一章“原则”中共包括两条，第一条开宗明义：“废除包办买卖婚姻、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由，一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女的合法利益的新民主主义婚姻制度。”作为第一条的补充，第二条则针对旧中国种种丑恶的封建婚姻现象规定“禁止重婚、纳妾。禁止童养媳。禁止干涉寡妇婚姻自由。禁止任何人藉婚姻关系问题索取财物。”这些规定，为废除和取缔旧的封建婚姻制度，建立新的新民主主义(社会主义)婚姻制度建立了基础，起了决定性的作用。以婚姻自由为例，该法第六条规定：“结婚应男女双方亲自到所在地(区、乡)人民政府登记”，保证了当事人的权益和意愿。该法以离婚自由作为结婚自由的必要补充。第十七条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。男女一方坚决要求离婚的，经区人民政府和司法机关调解无效时，亦准予离婚。”该法的公布与实施，使得在解放前旧婚姻制度下遗留的种种婚姻问题得到公正的解决。1950 年开始我国曾经出现了建国以来的第一次离婚高潮。如果以 1950 年离婚案件的收案数字为 100，则 1951 年上升为 123，1952 年上升为 228，1953 年上升为 252。从全国法院受理的离婚案件看，1950 年为 186,167 件，1951 年为 409,500 件，1952 年上半年为 398,243 件。[4]从当时的离婚案件看，以封建制度和封建思想而造成的不幸婚姻，如包办买卖婚姻、童养媳、重婚以及歧视虐待妇女等纠纷最多，和当时开始执行 1950 年新婚姻法直接相关。1950 年婚姻法的颁布和实施除去起到反对封建婚姻的作用外，还就婚姻要件、结婚和离婚的有关程序、夫妻关系(相互权利和义务)、亲子关系(相互权利和义务)等都做了相应的规定，确立了对婚姻家庭进行法律管理的基本框架。以后 1981 年和 2001 年修改和执行的婚姻法都是在 1950 年婚姻法基础上的修改。

(2)1980 年婚姻法是社会转型开始时的过渡法律

1950 年婚姻法实行了建国后 30 年时间。到 1980 年，一方面经过 30 年的努力社会主义的婚姻制度已经基本确立，另一方面 1979 年中国开始进行改革开放的伟大进程，中国迅速大踏步地向现代社会前进，因此婚姻家庭制度的改革也势在必行。但 1980 年改革开放刚刚开始，中国的现代社会框架还没有成型，因此 1980 年的婚姻法还不可能对适应今天社会生活的婚姻家庭制度作出更详尽的规定，和以后的 2001 年婚姻法相比它带有明显的过渡性质。



1980 年的婚姻法于 1980 年 9 月 10 日由第五届全国人民代表大会第三次会议通过，1981 年 1 月 1 日开始实施。它重申了 1950 年婚姻法规定的婚姻家庭的 4 项基本准则。针对此时在婚姻家庭领域反封建的任务已经基本完成，因此在重申这些基本准则的同时，对 1950 年婚姻法中的禁止纳妾，禁止童养媳，禁止干涉寡妇婚姻自由等提法删除。该法根据中国当时的具体国情和控制人口的政策，增加了“实行计划生育”的准则。1980 年婚姻法从 1950 年的婚姻法 8 章 27 条合并扩充为 5 章 37 条，主要体现了当时社会对婚姻家庭的要求和规定，比如和计划生育要求相适应的该法第五条规定：“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。晚婚晚育应予鼓励。”男女结婚年龄比 1950 年婚姻法的规定长 2 年。

(3)2001 年婚姻法确立了中国现代婚姻家庭制度的基本内容框架，实现婚姻家庭管理制度的创新

20 世纪的最后 20 年，随着中国改革开放的飞速发展，中国的社会生活发生了巨大变化，现代社会和家庭生活的模式出现并开始形成，进一步修改婚姻法，以适应婚姻家庭和社会活的需要是必要的，因此从 1995 年我们就开始着手制订新婚姻法。因为它牵涉千家万户的日常生活和利益，在着手制订这部婚姻法时曾经组织过全民大讨论，就相关的问题广泛征求全国各个方面的意见。由于人们对婚姻家庭领域发生的变化和相关问题认识不一致，因此，这场大讨论和征求意见的过程持续了近 6 年，直至 2001 年 4 月 28 日经中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过，并于当日公布实施。该法共包括 6 章 52 条，比较 1980 年婚姻法 5 章 37 条，有了较大的修改和扩充。

1)该法在总则中继续重申了 1980 年婚姻法确立的 5 项基本准则。针对社会上出现的新情况，该法在总则中增加了“禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力”等。还针对社会“第三者”现象严重，婚外情、婚外性行为增加，家庭矛盾和纠纷突出的事实，增加了“夫妻应当互相忠实，互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦文明的家庭关系”的要求。

2)该法勾勒出了中国现代婚姻家庭法的基本框架和内容。和 1980 年婚姻法相比，该法是比较完备的，除去以上总则外，下设“结婚”、“家庭关系”、“离婚”“法律责任”等主要章节。这是一部适应今天婚姻家庭生活变化和需要的比较详细完备的婚姻法。从 2001 年该法公布始，我们一直以该法来管理婚姻家庭，处理婚姻家庭问题。

3)该法进一步认定了家庭关系的法人契约性质。中国传统婚姻是礼制婚，传统的家庭关系是人伦关系，在改革开放中中国社会迅速由传统向现代演进，适应这样的变化。2001 年婚姻法进一步淡化了家庭关系中的人伦色彩，认定和强化了家庭关系的法人契约性质。以夫妻关系为例，传统的夫妻关系是依附关系，女人嫁到男家就依附男人，两口子不分家，在这样的人伦关系中是不会有家庭财产归属和分割问题的。今天不同了，夫妻之间是法人契约关系，平等关系，因此夫妻之间也有财产归属和分割问题，适应这样的变化，该法从第十七条到第十九条都是夫妻之间财产关系的规定，哪些是夫妻共同财产，哪些是夫妻一方财产，以及婚前财产的归属，夫妻关系存续期间的财产约定等都作了详细规定，符合时代的要求和气息，也满足了处理离婚案件中财产分割矛盾纠纷的需求。

4)该法从婚姻的社会性质出发强调了家庭问题的社会干预。在一般人的传统观念中婚姻家庭是私人领域，具有私密性，有“清官难断家务事”之说。今天随着人本位价值观念的确立和人的个性的增长，婚姻家庭更容易被认为是个人之事。2001 年婚姻法在尊重个性的同时，也强调了婚姻家庭的社会性，针对近年来家庭暴力增加和各种家庭矛盾纠纷增加的客观事实，特别增加了第五章：救助措施与法律责任，集中对家庭行为的社会干预作出了规定。这里所说的家庭行为主要是家庭中的“越轨行为”，诸如“家庭暴力”、“重婚”、“虐待遗弃家庭成员”等。以“家庭暴力”为例，该法第五章第四十三条规定：“实施家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员，受害人可以请求村民委员会、居民委员会以及所在单位予以调解。”“对于正在实施的家庭暴力，受害人可以请求公安机关救助，也可以请求村民委员会、居民委员会劝阻。”“实施家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员，受害人可以请求公安机关依照安管理处罚条例予以行政处罚。”过去是两口子打架别人无须过问，现在是家庭暴力社会干预，是符合婚姻家庭社会性的本质需求的。

5)该法针对改革开放以来出现的若干新的婚姻家庭问题作了补充规定，以符合现实需要。比如近年来中国出现了许多“未婚同居”、“婚外情人”、“婚外性行为”、“包二奶”等现象，有的是

公开"重婚"，直接挑战一夫一妻制。针对这些情况，2001 年婚姻法不仅重申了一夫一妻制的原则，在总则中明确规定禁止重婚，禁止有配偶者与他人同居，而且在第二章第十条中将重婚列为无效婚姻，在第五章第四十五条中规定"对重婚的，……，受害人可以依照刑事诉讼法的有关规定，向人民法院诉讼。……"第五章第四十六条则规定重婚行为导致离婚的，无过错方有权请求赔偿。即重婚不仅承担刑事责任，而且还要被经济制裁，加大了对重婚行为的处罚力度。再比如，老年人再婚问题是我国家庭出现的新问题。依传统我们主张"从一而终"，妻子失去丈夫守寡，丈夫失去妻子守鳏。伴随着社会生活的变化，人们不再恪守这样的观念，一些失去了配偶的老年人希望再婚，但常常因为称谓和财产等问题遭到子女的反对，并因此而引起了家庭纠纷。针对这样的情况，2001 年婚姻法增加了一条，即第二章第三十条："子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母再婚以及婚后的生活。"

6)该法维护法制的尊严，循序渐进、坚定不移地依法管理婚姻家庭。随着社会生活的变迁，中国的婚姻正在从传统的礼制婚向现代法制婚迅速转变。但中国毕竟是一个有数千年根深蒂固文化传统，且政治经济文化发展很不平衡的大国，因此推行法制婚仍然需要时间和过程。以婚姻登记为例，我国仍有一定数量的"事实婚姻"是没有办理婚姻登记手续的，一些农村地区、边远地区，由于人们的法制观念薄弱和一些其他问题，男女结婚时没有办理结婚登记手续，而是自行举行婚礼仪式自行结婚，造成了没有经过法律手续的"事实婚姻"针对这样的情况，2001 年婚姻法在规定结婚者必须亲自到婚姻登记机关办理结婚登记手续的同时没有笼统地将未办理结婚登记的事实婚姻一律称为非法婚姻，而是要求"未办理结婚登记的，应当补办登记"，既从实际出发，也维护法制的尊严，坚定不移地依法管理婚姻家庭。

无论如何，在中华人民共和国成立后 60 年对婚姻家庭的管理中，法制是核心，法律是杠杆和准绳，依法治理婚姻家庭既是过去的事实，也是今天和未来的宗旨。

(二)行政干预

60 年来中国一直是中央领导下的高度组织化的社会。社会是组织社会，人是组织中的人。改革开放前，政府包揽一切，还有"单位制"的特征，单位包揽和干预了人们的工作、生活

中大多数事情。在这样的政治体制下，行政管理职能一直发挥重要的作用，在婚姻家庭领域也是如此。

比如，婚姻择偶是个人的事情，但建国以后的相当一段时间里也有“组织介绍的”。在 1982 年进行的中国五城市家庭调查中证实此前有近 1%的婚姻择偶是“组织介绍的”。[5](P306)在建国后很长的一段时间里人们在办理结婚手续时当事人要携带“户口证明”、“居民身份证”外，还必须携带“所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的婚姻状况证明”。换句话说，没有单位组织的同意，婚姻是不能成立的。这种情况一直到 2003 年 10 月 1 日起实行的新的《婚姻登记管理条例》中才有了变化，即由原来的单位开具证明改为“本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。”这样既尊重了当事人的隐私权，也体现了对公民的充分信任，对培育信用社会起着很重要的促进作用。因为个人对自己的“签字声明”是要负法律责任的，一旦丧失信用，就会受到法律制裁，在扩大公民自由权的同时，加强了公民的责任和义，这样的变化符合改革的方向。

生育是婚姻的目的之一，是家庭的基本功能。从上个世纪 70 年代我国开始逐步控制人口，推行计划生育政策。尽管在婚姻法中我们主张“实行计划生育”原则，但没有相关的法律条文实施。计划生育目标主要是通过行政管理的手段实现的。全国各地都成立了不同级别的计划生育委员会、办公室和各种相关的办事机构，许多单位还设立了专门(或兼职)从事计划生育的工作人员，制定了相应的计划生育控制、奖励和处罚条例，发放独生子女证，给独生子女奖励和补贴，对超生者处罚。一些地方计划生育指标完成的情况还被列为干部政绩考核的内容。

(三)道德制约

中国是一个赋予传统的国家，这样的国情社情决定了道德控制具有重要的地位和作用。中国人在长期的婚姻家庭生活中形成了适应人们需要的婚姻家庭道德，它使人们可以分辨什么样的行为是善的、美的、道德的，应该提倡的;什么样的行为是恶的、丑的、不道德的、应该反对的。诸如主张男女平等，尊敬和赡养老人，抚养和教育儿童，保护老人、妇女和儿童等家庭中的弱者，主张家庭成员相亲相爱等都是道德的，反之是不道德的。道德内化到人们心中，成为

自我和他我控制的力量。依靠道德的力量，我们建立了中国式的家庭生活秩序。以赡养老人为例，在中国，尊敬和赡养老人是道德的，会受到赞扬和肯定，反之是不道德的，会受到批评和指责。在有的家庭中，父母生育了多个子女，父母年老后到多个子女家轮流居住，由多个子女轮流奉养，这就是依靠道德的力量产生的中国式的家庭养老模式。道德对人们行为的控制比法律更加宽泛，法律管不到的地方，道德可以管。

(四)舆论监督

在婚姻家庭管理中道德的力量和作用有时是通过舆论监督来实现的。舆论又称公意，意思是社会上众人的议论和意见。人们在社会生活中作了违规、违反道德的事情会有舆论压力，舆论监督也是婚姻家庭社会管理的重要力量。

建国 60 年来，我们从来都重视舆论的力量，用各种舆论工具诸如报纸、电台、电视、电影、戏剧、小说等影响和管理婚姻家庭。比如为配合建国初期反对封建的婚姻制度，确立新民主主义(社会主义)的婚姻制度，就创作了著名评剧《刘巧儿》，巧儿在舞台上唱出了"巧儿我自主找婆家"的铿锵词语，在北方广大人民群众中广为流传，影响很大，极大地鼓励人们勇敢地向封建婚姻制度和习俗做斗争，实现婚姻自主、自由。建国初期，我们的新闻传媒还不很发达，今天我们的新闻传媒已经充分发展，利用新闻传媒对婚姻家庭进行舆论监督式的管理的事例举不胜举。

(五)习俗调节

习俗是指人们在集体生活中逐渐形成并共同遵守的习惯和风俗，是人类社会生活中自发产生的一种社会行为规范。人们所处的环境不同、地区不同、时期不同、所属的民族不同，宗教信仰不同都会有不同的习俗。在社会中人们的各种行为，一举一动都会受到他所在地区社会的习俗的熏陶和影响，并自觉或不自觉地遵从它，婚姻家庭作为一种社会行为也不例外。"习俗

移人，贤者难免”，习俗的影响虽然不像法律那样有明文规定，不像道德和舆论那样带有压迫力，但事实上人们都不知不觉地按照它的规范办事，这就是习俗的约束力。

习俗是变化发展的。在历史的进程中，有的旧习被抛弃了、被改造了，新的习俗也出现了、形成了。中华人民共和国成立 60 年来我们利用宣传教育等手段改造旧习俗，引导人们建立新习惯、习俗，在婚姻家庭领域也起了一定的作用，产生了一定的效果。比如社会学家李景汉曾经比较了 1927 年在北京某郊区调查和 1957 年重访该地时见到的当地的两种不同的婚礼习俗。昔日的婚礼大致经过这样几步，第一步，交换门户帖;第二步，过八字帖;第三步，择吉日放小定，由男家给女家送礼物;第四步，放大定，把迎娶日期写在龙凤贴上送女家，男家再送女聘礼;第五步，迎娶，预备轿子、锣鼓手、执事、席棚、新房、新被、酒席若干桌。娶媳妇的男方，一般为婚礼的所用的钱，折合当时的人民币约三、四百元左右。而今日，男女到乡政府登记，领取结婚证后，举行的仪式简单多了。新人步行或骑自行车去结婚礼堂，由司仪宣告婚礼进行程序，大致是这样：(1)开会，来宾入席，新郎新娘入席;(2)家长入席;(3)新郎新娘向证婚人行致敬礼;(4)新郎新娘向来宾致敬;(5)新郎新娘互相致敬;(6)证婚人讲话;(7)家长讲话;(8)来宾讲话;(9)新郎新娘述说恋爱的经过情况;(10)礼成，散会。在举行婚礼时，只预备一些纸烟、茶水和糖果等简单的东西，招待来宾，费用较节省。[6](P99)这种变化显然和新中国成立后我们宣传和引导婚事应当移风易俗，新事新办，勤俭节约有关。

尽管习俗是人类社会生活中自发产生的一种社会行为规范，但一旦形成，也会对婚姻家庭产生很大的影响，对于无害的习俗，社会顺势利导，也会有利于社会生活。比如自古以来人们习惯于黄昏时迎娶新娘，现在各地迎娶的习惯不同了，以临近的天津、北京两地为例，天津多是在下午，而北京是上午，大家习惯了，都按当地的规矩办理，相关人员也感到方便。改革开放以来，人们的物质生活条件大大改善了，随着人们生活水平的提高，婚姻习俗也发生了很大变化。比如近年来，结婚时新娘要乘高档次结婚轿车，拍系列婚纱照，举行豪华婚礼等，而且巍然成风。顺应这样的需要，各种婚庆业发达起来。社会在满足人们日益增长的需要的同时，也在提倡和组织一些集体婚礼、旅行结婚等，进行一些适度的调节，宣传节俭办婚事，也是必要的。

无论如何，建国 60 年来，我们对婚姻家庭实行以法律为中心的多手段综合管理，管理的中心是协调婚姻家庭关系，确立符合当代中国人与中国社会需要的婚姻家庭秩序。

三、以理顺和确立家庭成员权利义务关系为中心的管理

60 年来我们对婚姻家庭进行社会管理的中心和主要内容还是理顺婚姻家庭关系，确立家庭成员的权利和义务，使家庭有正常生活秩序，家庭功能得以正常发挥，以满足个人生活与社会生活双重需要。

(一)社会的本质是社会关系，家庭的本质是家庭关系

马克思说："社会———不管其形式如何———究竟是什么呢?是人们交互作用的产物。"[7](P320)在马克思看来，社会的本质就是社会关系，是社会关系中的生产关系，和以生产关系为中心扩展开来的其他关系，是各种形式人际关系的总和。家庭是社会的细胞，家庭的本质是家庭关系。家庭关系以婚姻血缘关系为根据，这种联系方式决定了家庭成员间有不同于其他社会关系的合作与互动。

(二)家庭结构和关系中的基本三角

以婚姻和血缘关系为纽带的家庭关系是沿着婚姻和血缘两个链条展开的。我们可以沿着婚姻和血缘关系，找到一个人在家庭结构和关系中的确切位置。婚姻关系的核心是夫妻关系，血缘关系的核心是亲子关系。夫妻关系和亲子关系构成了家庭结构中的基本三角。费孝通先生说："在这个婚姻的契约中同时缔结了两种相联的社会关系———夫妇和亲子。这两种关系不能分别独立，夫妇关系以亲子关系为前提，亲子关系也以夫妇关系为必要条件，这是三角型的



三边，不能短缺的。”[8](P65-66)以理顺家庭关系，确立家庭成员权利义务为中心的社会管理，主要是夫妻关系和亲子关系管理，确立夫妻和亲子之间的权利义务。

(三)夫妻关系管理

建国 60 年来在夫妻关系的管理方面主要是侧重解决男女平等、夫妻平等问题，为此我们作了男女平等的各种相关规定，采取了多种相关措施来达到这个目标。

1.夫妻在家庭中地位平等是基本宗旨

针对封建婚姻传统遗留下的男女不平等，夫妻不平等，男性压迫女性，丈夫压迫妻子，女性是家庭中弱者的事实，在夫妻关系的管理中从立法的角度做出了一系列夫妻平等得相关规定。以现在正在实行的婚姻法(2001 年颁布)为例，该法中有 8 条是涉及夫妻关系的，其中第一条(婚姻法的第十三条)开宗明义地规定：“夫妻在家庭中地位平等”。以后又有“夫妻双方都有各自用自己姓名的权利”(婚姻法的第十四条)、“夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制和干涉”(婚姻法的第十五条)、“夫妻双方都有实行计划生育的义务”(婚姻法的第十六条)、夫妻之间的财产关系(婚姻法的第十七、十八、十九条)、以及“夫妻有互相扶养的义务”(婚姻法的第二十条)等。上述规定都体现了夫妻平等。另外，我们还使用大量行政手段和舆论宣传相结合的办法，推行男女平等，使女性在社会和家庭中的地位大幅度提升了，她们在社会上有和男性相同的受教育、就业、参与包括政治生活在内的各种社会生活的权利，在家庭中也有了和丈夫一样的生活权利，参与和决定家庭事务的权利，女性在社会和家庭中的地位提升的速度是比较快的，在社会和家庭中的地位也是比较高的。目前在家庭中夫妻关系平等的目标已经基本实现了。当然家庭与家庭之间、地区与地区之间，也有很多不平衡的情况，一般来说，城市比农村的水平高，发达地区比不发达地区水平高。

2.充分实现婚姻自由

1950 年婚姻法我们就确立了婚姻自由的方针。婚姻自由包括结婚自由和离婚自由两个不可分割的方面，但在改革开放前由于传统婚姻观念的影响较深，社会上崇尚“白头到老，从一而终”的婚姻观念和模式，因此人们对离婚仍然比较谨慎，婚姻登记机关对离婚案件的处理也相对保守，以劝合不劝离的方针处理离婚诉讼，离婚还是比较难的。

改革开放大大改变了中国人的婚姻观念，也改变了中国社会对离婚的管理方式。离婚不再被看作是“洪水猛兽”了。过去家庭中的夫妻即便没有感情，不和睦，为了孩子，为了“面子”，也不要离婚。而今天，一些人的价值观念的重心由家庭转到个人，从孩子转到自身，离婚已经成为一件普通而平常的事情了。现行的中国法律顺应这个变化，对离婚很宽松，规定夫妻感情破裂就可以离婚。夫妻离婚既可以协议离婚(通过民政部门)，也可以诉诸法律(通过法院)，离婚手续简便。改革开放以来，中国的社会流动加快，妇女地位提高，家庭小型化等因素也都使婚姻不稳定，离婚率大大提高了。图 1 中反映了从 1979 年到 2007 年中国离婚率增高的趋势。

特别应该指出的是 2001 年婚姻法针对社会离婚现象增多和离婚率增高的事实，重申并增加了离婚条款的有关规定，有下列情形之一，即“重婚或有配偶者与他人同居的”、“实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的”、“有赌博、吸毒等恶习不改的”、“因感情不和分居两年的”、“其他导致夫妻感情不和的情形”，“一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的”应准予离婚。这些规定既保护了家庭中的弱者、受害者的离婚权益，而且使离婚自由更具有可操作性。无论如何，离婚是夫妻，特别是女性维护自己在家庭中的权益，保护自己在家庭中地位中的武器。事实证明，中国的妇女是离婚行为中的主动者。据来自天津、北京的 2100 例离婚的抽样调查，人们发现站在原告席上竟有 70%是女方。

3.反对家庭暴力，充分保护女性弱者的权益

家庭暴力是家庭中矛盾冲突的集中表现。自改革开放以来随着社会的变迁，社会运作速率的加快与更新，人与人之间冲撞的增加，家庭暴力也增多了。

1994 年，北京市婚姻家庭研究会在北京 8 个区的调查，妻子经常挨打的比例是 0.99%，有时占 4.39%，偶尔挨打的比例是 15.92%。上海某区因暴力而导致离婚诉讼的比例从 1975 年的 28%上升到 1995 年的 44%。据湖南省妇联维权部统计：从 1995 年到 2000 年，妇女上访案件 5 万多件，由于家庭暴力而上访的有 1 万多件，占 23%。[10]天津市民政局与天津社科院曾联合进行了一项天津市婚姻家庭状况调查。在 2002 名被调查者中有 18.5%承认配偶对自己有过暴力行为(打骂或赶出家门)，在其中 300 名的离婚者中这一比例高达 45.8%。就是在刚刚登记结婚不久的 503 名新婚者中，也有 10.2%的人坦承配偶曾对自己施过暴力。[11]另据第二期中国妇女社会地位调查结果报告，13%的妻子最近半年偶尔被殴，不到 1%的妻子最近半年经常挨打。[12]

以上关于家庭暴力的情况数字还相对保守，调查显示，许多家庭暴力的受害者，或受“家丑不可外扬”的传统观念的影响，或缺乏法制观念、自我保护意识差等等原因，大多选择保持沉默，逆来顺受，导致施暴者更加无所顾忌，长期、多次地对受害者实施暴力。除家庭暴力，在遗弃、虐待、重婚等事件中女性也是大多数受害者。针对这样的情况，我们在 2001 年婚姻法的修改中特别增加了救助措施与法律责任一章，以社会干预的方式加大对夫妻关系管理力度，保护妇女权益。

(四)亲子关系管理

在家庭中亲子关系是人类自身的生产，即种的蕃衍的体现和保证，因此社会对亲子关系的管理是严格的、有力度的。

1.确立“双向反馈”的亲子关系模式

各个国家的文化传统不同，亲子关系的模式也不相同。例如西方国家多是“单向接力”模式。所谓“单向接力”模式即父母抚养子女，子女不必赡养父母，代际之间的关系是单向的，就好像接力赛跑那样，每一代人从上一代人接过棒，只顾传给下一代人就可以了，不必瞻前顾后。在中国依传统则是“双向反馈”，即父母抚养教育子女，子女赡养父母，代际之间的关系是双向的。根据中国的传统，建国 60 年来我们是按“双向反馈”模式来管理亲子关系的。并将这样的模式适当扩大到祖孙关系和兄弟姐妹关系。我们十分注重尊老爱幼的宣传教育，利用各种方法和手段促使家庭中尊老爱幼巍然成风。

2.法律是“双向反馈”的亲子关系模式的有力保证

以 2001 年婚姻法为例，该法共 6 章 51 条，其中有 21 条直接或间接涉及亲子关系。其目的之一是要保证家庭生育和培养社会需要的人才，其目的之二是要确立家庭为社会养老的基本单位。

(1)亲代对子代的关系

1)要保证家庭能生育健康的后代。

1950 年婚姻法就规定：男女有下列情形之一者，禁止结婚。即为“直系血亲，或为同胞的兄弟姐妹和同父异母或同母异父的兄弟姐妹者。其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题。”“有生理缺陷不能发生性行为者。”“患花柳病或精神失常未经治愈或其他医学上认为不应结婚之疾病者。”这是几个相关的规定，主要是关注下一代，是人口的生产和再生产的考虑。这些规定在建国 60 年来一直延续了下来，1980 年婚姻法规定：“直系血亲和三代以内的旁系血亲”，“患麻风病未经治愈或患其他医学上认为不应结婚之疾病”者禁止结婚。2001 年婚姻法

则进一步简化为："直系血亲和三代以内的旁系血亲"，"患有医学上认为不应结婚之疾病"者禁止结婚，意义和目标都是一样的;

2)规定父母对子女有抚养教育的义务。

以 2001 年婚姻法为例，该法不仅规定父母对子女有抚养教育的义务，而且还有许多相关的具体规定，诸如"父母不履行抚养义务时，无劳动能力的或不能独立生活的子女，有要求父母付给赡养费的权利"，"禁止溺婴、弃婴和残害婴儿的行为"，"父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体和他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务"等;

3)将亲子血缘关系扩展为非婚生关系、领养关系等社会关系。

2001 年婚姻法规定，"非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止"，无论如何，社会是要全力保证人的自身生产的安全性和有效性，使孩子健康成长，一代一代传递下去。

(2)子代对亲代的关系

从子代对亲代的关系上说法律主要规定"子女对父母有赡养扶助的义务"，"子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利"。法律还将这种关系扩展到养父母和养子女之间，并规定"父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除"。从社会的意义上说，这也是中国人口传递链条的又一个组成部分，是文化意义上的反馈式传递。它既

符合中国尊老爱幼的传统，也符合目前中国实行的家庭养老模式的需要。在这样的养老模式中，不仅有物质方面的，也有精神方面的，法律的规定侧重在物质和行为方面，精神方面主要由习俗、道德和舆论制约。根据 1992-2007 年全国法院受理抚养、抚育 和赡养案件统计，1992 年审结赡养和抚育案件 66,058 件，以后有所上升，1999 年抚育、赡养案件 98,301 件。2007 年赡养纠纷 29,321 件，抚养、抚育纠纷 76667 件。[13]这些数字可以使我们从法治角度了解，中国家庭"双向反馈"亲子关系的负面状况和法律对亲子关系纠纷的介入。

四、婚姻家庭社会管理的反思与前瞻

以上我们对中华人民共和国成立 60 年来的婚姻家庭社会管理做了概要的阐述，总结 60 年的经验教训，对未来的婚姻家庭社会管理提出几点简要的看法。

(一)继续坚持以法律为中心，多种社会控制手段并用的中国式的管理方式

回顾 60 年来，我们在对婚姻家庭进行的社会管理中，既坚持了法治理念，保证了法治的核心地位，又从中国的实际国情出发，多种手段并用，应该说是有效的。

我们正在建设现代法治国家，法律是社会生活的准绳，是社会生活的杠杆。法治的权威性、确定性和可操作性决定了我们必须坚持依法治理婚姻家庭。在坚持法治理念和法治实践中，要充分考虑中国的具体国情，结合了中国的具体情况，比如依中国的文化传统，代际关系是双向的，因此我们在立法和执法时都是遵照了双向原则(亲代抚养子代，子代赡养亲代)行事的，有中国特色。中国是高度组织化的社会，对社会生活施行行政管理十分有效。在婚姻家庭的社会管理中行政管理一直在发挥作用，也是中国特色。如前所述，过去我们的行政管理不仅干预了婚姻登记，而且在帮助人们选择配偶，促成婚姻方面也发挥了作用。今天它还在对家庭暴力实行干预。从社会的未来发展趋势上看，婚姻家庭的行政管理应更多地依托法律，更多地尊重人权和个人意愿，更多地向发挥服务职能方向转变。

中国是有几千年文化传统的国家，道德等方面的影响力量不容忽视，道德的力量往往深入人心，影响广大，配以舆论、习俗的力量，也能产生强大的制约力。有些问题不能依靠法律法治解决，不能使用行政手段，只能靠道德、舆论干预，靠习俗影响;要靠“自律”，而不能靠“他律”。

(二)继续维护婚姻家庭的有序和相对稳定

迄今为止婚姻家庭在我国社会中仍然承担着人类自身生产和再生产的社会功能。家庭是社会的细胞，对婚姻家庭的社会管理属于对社会基础部位的建构，十分重要。就目前来看，人类在长期的社会实践中创造的一夫一妻制的婚姻家庭制度，有利于家庭功能的正常发挥，有利于人类自身的生产和再生产，有利于人种传递。未来，社会应该继续对婚姻家庭实行强势科学管理，继续维护婚姻家庭的有序和相对稳定，以保护社会的正常生活秩序和社会的健康延续。婚姻家庭的大规模动荡和解体对于社会是不利的。

反思 60 年来我们对婚姻家庭的管理，既坚持了中国的婚姻家庭传统，也能与时俱进;既维护了家庭的稳定性，也能根据时代和社会生活的变化，不断调整我们的政策和方法。比如，建国初期我们主要解决了反对封建的包办买卖婚姻，实现婚姻自主自由，而改革开放 30 年，我们又从多方面实行了变革与更新，认真解决面临的新问题，以适应社会和婚姻家庭生活的实际需要，诸如在新的形势下怎样在保证家庭成员履行相互间权利义务，维护家庭整体利益的同时，进一步以人为本，尊重个性和自由;在承认家庭成员的人伦关系的同时，确立家庭成员的法人契约关系;根据新情况加大对家庭行为的社会干预力度;在家庭关系的协调中，坚持和维护了传统的“双向反馈”式代际关系模式，强调了家庭成员(特别是夫妻之间)的平等关系等。

(三)认真解决婚姻家庭管理中面对的个性和共性之间的矛盾

婚姻既是个人行为，也是社会行为;家庭既是私人的范畴，也是社会范畴。继续解决婚姻家庭管理中面对的个性和共性之间的矛盾，是未来婚姻家庭社会管理所面对的重大课题。回顾建国 60 年来的历程，前 30 年我们虽然保护婚姻自由，但主要强调婚姻的制度性、社会性，对

于婚姻的个性，对于婚姻满足个人需求方面认识不足，具体表现在对个性和个人需求的否定，和对个人行为的制裁。比如尽管我们主张婚姻自由，并将离婚自由作为婚姻自由的一部分，但在处理离婚案件上还是保守的，劝合不劝离，仍然是离婚难;又比如，婚姻家庭管理和两性关系管理密切相关，我们要求性行为在夫妻之间是对的，但对婚外性行为处理过于严厉，有婚外性行为者(通奸)会受到严厉处罚，至于对同性恋则更不能容忍，同性恋者会被判鸡奸罪，或者被认为是有精神病。在日常生活中，人们也是谈性色变，有性压抑等。改革开放以来，我们逐渐认识和承认了人的价值和需求，以人为本。随着社会政策、舆论和价值观的调整，社会管理方式也有很大变化，比如离婚变得容易简单了，对未婚同居和婚外性行为的容忍度也大大提高了，认为是个人的私事，不加过问。1997 年中国禁止鸡奸的法律被废除，2001 年，同性恋从官方认定的精神疾病名单上被除掉等。然而，在个性被尊重的同时，婚姻的社会性受到了挑战和威胁。近年来随着未婚同居者的增加，婚外性行为的泛滥，离婚率的增高，同性恋的公开化等一系列现象的出现，家庭的稳定性受到了挑战和威胁。社会如何在尊重个人行为，尊重个人的意愿和选择的同时，保护家庭，维护家庭的相对稳定，以利于家庭功能的正常发挥和家庭生活的正常秩序，是亟待解决的理论和实践问题。

参考文献：

[1][8]费孝通.生育制度[M].天津：天津人民出版社，1981：29，33;65-66.

[2]古德.家庭[M].魏章玲译.北京：中国社会科学出版社，1987：4.

[3][7]马克思恩格斯选集(第 4 卷)[C].北京：人民出版社，1972：2;320.

[4]中央人民广播电台的广播词[Z].1953-03-18.

[5]五城市家庭研究项目组.中国城市家庭—五城市家庭调查报告及资料汇编[M].济南：山东人民出版社，1985：306.

[6]潘允康.家庭社会学[M].重庆：重庆出版社，1986：99.



[9]潘允康.家庭社会学[M].北京：中国社会出版社，2002：156.

[10]禹芳琴.对妇女的家庭暴力的几点思考[J].广西社会科学，2001，(4).

[11]汪洁.城市家庭问题社区干预的思考[J].社会科学研究，2003，(4).

[12]潘绥铭，[美]白维廉，王爱丽，[美]劳曼.当代中国人的性行为和性关系[M].北京：社会科学文献出版社，2004.

[13]中国法律年鉴编委会编.中国法律年鉴(1987-2008)[M].中国法律年鉴出版社，2009.

（潘允康， 天津社会科学院社会学研究所研究员。原文发表于《甘肃行政学院学报》２０１０年第一期。原文链接：http://www.sociology.cass.cn/pws/panyunkang/grwj_panyunkuang/P020100727656133286865.pdf）

【返回目录】



7-7 雷春红：新中国六十周年离婚法学论争纪实与评述



“新中国成立以来,每次社会转型都引起人们婚姻家庭观念的变迁,离婚法最直接地透视这些变迁。代表不同利益群体的各种观点汇集在离婚法研究领域,保守与开放、落后与先进的观念发生“碰撞”，集中反映在离婚的自由与限制、离婚法定标准、解除军婚的特殊保护、离婚救济等重大问题的论争中。”

新中国成立以来,每次社会转型都引起人们婚姻家庭观念的变迁,离婚法最直接地透视这些变迁。代表不同利益群体的各种观点汇集在离婚法研究领域,保守与开放、落后与先进的观念发生“碰撞“,集中反映在离婚的自由与限制、离婚法定标准、解除军婚的特殊保护、离婚救济等重大问题①的论争中。本文采叙事纪实方法,再现共和国六十周年不同历史时期②,离婚法学重大问题的论争情况,并加以分析和评述。这对离婚法学研究沿着既有的路径,探研合理、有效的离婚利益平衡机制,大有裨益。

一、离婚自由与限制的论争

离婚自由与限制是离婚法的基础理论问题,建国以来,离婚立法与审判实践对离婚自由程度有宽严不同的把握法学界关于离婚自由与限制问题的讨论,形成不同观点的对立。

(一)离婚自由是否要附条件

1950 年婚姻法起草过程中,争论最大的是离婚自由问题。1931 年《中华苏维埃共和国婚姻条例》确立了不附任何条件的离婚自由③,新的婚姻法要不要将这条规定写进去,争议很大。有的同志反对离婚自由,担心不附任何条件的离婚自由将不利于家庭稳定,会引起社会秩序混乱

邓颖超态度鲜明地主张写上‘一方坚持离婚可以离婚’这一条。邓颖超认为:“‘一方坚持要离就让离’是主要根据妇女利益提出的。如果加上很多条件,基本上要离的还是要离,反而给下边的干部一个控制的借口。过去没有这一条,曾发生很多悲剧。今天规定婚姻法是原则性的规定,破坏旧的,建立新的,就必须针对男女不平等现象,给妇女以保障。”[1]

法制委员会在向中央呈报《婚姻条例》草案修改意见时,主张采不附条件的离婚自由。“因为离婚结婚自由,是反对封建的新民主主义革命对解放妇女的一个基本要求,我们人民民主政权的立法,应以进步的合乎新社会发展的原则为出发点,不应以过去的、需要改革掉的旧社会遗迹为根据。中国社会中还有离婚结婚不自由的现象存在,这只能证明婚姻条例须有彻底解放的性质,才能冲破根深蒂固的旧社会枷锁,才能创造合于新的生产关系新的社会制度的家庭关系,而不是相反。”[1]

1950 年 4 月 13 日,新中国第一部《婚姻法》颁布。根据《婚姻法》第 17 条第 1 款规定,只要男女双方自愿,或男女一方要求离婚,经调解无效准予离婚。这是不附加任何条件的离婚自由的规定,旨在废除封建主义腐朽的婚姻制度,建立起合乎新型社会发展的婚姻制度。此后,中共中央和政务院开展声势浩大的贯彻婚姻法运动。1956 年前后,新型的婚姻家庭制度基本确立。上世纪 50 年代,我国出现了第一次离婚高潮,许多遭受封建婚姻制度摧残的妇女从不幸的婚姻家庭中摆脱出来。然而, 1957 至 1976 年,受极“左”思想的禁锢,特别是“文革”期间,传统婚姻制度中一些腐朽、落后的东西复活,“理由正当”是法院判决离婚的唯一标准,法律赋予人们的离婚自由权受到很大限制。

“文革”结束后,我国法制建设步入正轨。1980 年 9 月 10 日,新中国第二部《婚姻法》颁布。《婚姻法》将婚姻自由确定为基本原则,规定夫妻“感情破裂”是法院判决准予离婚的标准。上世纪 80 年代,我国进入第二次离婚高峰期,离婚被看成是一种重新选择的机会,而不是人生的重大挫折。

(二)限制离婚自由还是扩大离婚自由

1980 年《婚姻法》修改过程中,离婚的自由与限制再次成为学界争论最为激烈的话题。有观点认为,修改婚姻法,应限制离婚自由,增强人们婚姻责任感;另有观点则认为,应扩大离婚的自由度,防止婚姻法的倒退。

主张限制离婚自由的观点认为,离婚自由是相对的,而不是绝对的、无条件的,是以不妨害别人的自由为前提,并受到社会发展程度制约的[2]。我国现行的法律规定过多强调婚姻的个体性,只要夫妻"感情破裂",无论造成感情破裂的原因是什么,均可离婚,即使有过错,也无需为此承担责任。这容易造成了人们婚姻责任感的下降、婚姻道德观的扭曲[3]。"婚姻是一种伦理实体的关系,保障和维护婚姻家庭关系的稳定不仅是夫妻的责任,也是家庭和社会的责任。我国的离婚立法要坚持保障离婚自由,反对轻率离婚的立场和原则,必须对离婚加以限制。"[4]为此,有学者主张将分居年限,由原来的"连续分居满三年"提高到五年;限制过错方申请离婚;设立离婚过错损害赔偿制度,加大离婚成本。

主张扩大离婚自由的观点认为,修改《婚姻法》时,要警惕倒退,防止损害中国公民自改革开放以来逐步争得的离婚自由权利[5]。"限制有过错者离婚"的立法建议,不仅缺乏可行性而且将造成不良的社会后果。夸大离婚对子女的消极影响而忽略夫妇冲突对子女的不良刺激,在理论上和实践上都是有害的[6]。为此,有学者提出,"连续分居满一年"即可离婚;有学者认为"分居六个月"或"分居三个月"即应允许离婚;还有学者提倡"无理由离婚论"。

2001 年 4 月 28 日,《婚姻法修正案》出台。《婚姻法修正案》一方面坚持保障离婚自由,另一方面增设了限制离婚自由及保障弱势一方权益的措施。《婚姻法修正案》第 32 条"因感情不和分居满 2 年"即可判决离婚的规定,是限制离婚自由与扩大离婚自由两种观点的折衷。在采无过错离婚主义的前提下,增设离婚损害赔偿制度,作为对导致离婚有过错一方的惩罚。2001 年《婚姻法修正案》出台后,关于离婚自由与限制的争论逐渐平息,学者们更加客观地、中立地探讨婚姻自由问题。法学界普遍认为,离婚自由是现代人类文明进步的成果,反对以更加严格的措施限制离婚自由,同时,也不赞成离婚的过度自由。

夏吟兰教授提出,建立离婚自由的衡平机制,在特定条件下对离婚自由进行适当限制,在离婚财产清算时对弱势一方作倾斜规定,通过离婚救济帮助、离婚损害赔偿等救济方式最终实现正义

的目的[7]。法院系统的法官提出,婚姻案件的审判应强化社会责任意识,对离婚自由进行适当的合理限制[8]。

建国以来,离婚自由与限制的论争结果胜负交替,最后“战”成平局,参见下表:

年代 论争结果	20 世 50 年代	60-70 年代	80-90 年代	21 世纪
离婚自由	胜	负	胜	平局
限制离婚自由	负	胜	负	平局

离婚自由与限制论争的胜负并非绝对,只是在不同历史时期,某种观点占上风而已。占上风的观点影响着该时期婚姻法设定的离婚自由程度,以及相关法律制度的设计,这主要体现在裁判离婚法定标准以及离婚救济制度的规定中。

二、裁判离婚法定标准的论争

离婚法定标准是婚姻当事人请求解除婚姻关系的依据和理由,也是法院判决准予或不准予离婚的法定条件。1950 年《婚姻法》没有规定裁判离婚的法定标准,学术界形成“感情论”与“理由论”的对立。1980 年《婚姻法》确定“感情破裂”的裁判离婚法定标准后,又有“感情破裂说”与“婚姻关系破裂说”的论争,目前论争仍在持续。

(一)“感情论”VS.“理由论”

1.“感情论”与“理由论”之争的缘起

上世纪 50 年代是一个"爱情理想革命化"的年代,以"感情不和"为由要求离婚,被认为是贪图享乐、喜新厌旧的资产阶级思想。有人对法院审理离婚案件的工作提出了批评,指责法院判决离婚太多,助长了离婚率上升;有人提出现在离婚的主要原因是资产阶级思想作祟,而不是封建婚姻关系和封建残余,对因资产阶级思想而提出的离婚,应不予准许[9]。这些批评引起学界关于裁判离婚法定标准的讨论,形成"感情论"与"理由论"的对立。

"感情论"的代表人物韩幽桐提出以感情是否破裂作为是否准予离婚的标准。他认为,当前离婚的主要原因仍是封建残余,资产阶级自由化思想不是主要原因。婚姻是以爱情为基础的,夫妻感情完全破裂到不能继续共同生活时,勉强维持名义上的夫妻关系,对双方、对子女、对整个家庭都是痛苦的。为了使家庭成为社会上的积极因素,对于感情完全破裂,不能继续共同生活下去的夫妻,应准许离婚[10]。

"理由论"的代表人物刘云祥加以反驳,他认为,资产阶级婚姻观点和小资产阶级婚姻观点是当时离婚的主要原因。因此,"凡一方严重破坏共产主义道德,违背夫妻忠实义务或有其他违法犯罪等行为,使夫妻关系恶化以致对方据此请求离婚的,人民法院应当支持与满足这种正义要求。如果有罪过的一方提出离婚,这时有决定意义的是对方的态度。"[11]

《中国妇女》杂志开辟专栏,讨论韩幽桐的文章。有观点认为,文章中有些说法不够全面,实际是支持了一些不正确的看法[12]。另有观点不同意对该文章的观点持完全否定的态度[13]。还有观点认为,"感情论"和"理由论"都有一定的道理,但都不够全面。离婚只能是婚姻内部崩溃的记录,不包含任何惩罚和制裁的因素[14]。总结性观点认为,感情破裂就离婚的观点是很片面的,全盘否定离婚的观点同样是片面的。只有当夫妻关系十分恶劣,确实无法维持,不离对双方、子女、家庭、社会都不利的时候,才准予离婚[15]。

这场论争的实质是"无过错离婚"与"过错离婚"之争。"感情论"是"无过错离婚"的中国式表达,"理由论"是"过错离婚"的中国式表达。"文革"期间,"感情论"被批判为资产阶级的学术观点,遭到全面清算。"理由论"占据主导地位,"理由正当"是法院判决离婚的唯一标准,婚姻当事人一方须提供对方在政治或其他方面犯有严重错误的理由,否则,要解除婚姻关系是相当困难的。然而,"理由论"并不具有积极的意义,因为"'理由论'离开了婚姻的本质,所以出现了'该离的不准离,不该离的

却判离’的偏差。这两种偏差的出现,归根到底是忽视了婚姻以感情为基础这一本质,以正当理由代替了夫妻感情,用政治标准代替了婚姻的特殊属性。”[16]

2.“感情论”与“理由论”的论争重燃战火

1980 年《婚姻法》颁布前夕,北京市朝阳区人民法院受理了轰动一时的遇罗锦诉蔡钟培离婚案④,社会各界对此案给予不同寻常的关注。有人认为,遇罗锦的思想行为带有庸俗的味道;有人认为,追求个人的绝对自由,势必损害家庭的团结。遇罗锦的诉讼代理人则认为,不以爱情为纽带的婚姻,根本算不上真正意义上的婚姻。1980 年《婚姻法》首次以立法形式确定“感情破裂”的裁判离婚法定标准,彻底抛弃了“理由论”⑤。1980 年《婚姻法》的颁布、遇罗锦离婚案的披露,再次引发裁判离婚法定标准“感情论”和“理由论”的论争。

常国顺教授提出,我国社会主义婚姻基础是一种综合基础、混合基础。在这个基础中,经济的因素、物质的考虑还起着重要的作用。“感情破裂说”这一前提是虚幻的,以此作为判决离婚或不离婚的唯一依据也是站不住脚的。应当把感情与正当理由结合起来,在处理离婚案件时,既要考虑当事人双方的利益,也要考虑社会的利益[17]。

任国钧教授加以反驳,认为婚姻“混合基础”论是错误的,不能将感情同“性自由”、喜新厌旧等同。以感情为基础的社会主义婚姻,将会在不断排除剥削阶级思想残余影响的斗争中得到巩固和发展[18]。

此次“理由论”和“感情论”的交锋,“感情论”很快取得优势,学界一致赞同婚姻法的规定[19]。因为,经过了三十年的经验积累,绝大多数学者、实践工作者已深刻认识到“理由论”歪曲了婚姻的本质,以此作为裁判离婚的标准,造成许多误判和错案,应予以摒弃。为指导司法实践工作,1989 年 11 月 21 日,最高人民法院公布《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》,列举了十四种判断夫妻感情是否确已破裂的情形。1980 年《婚姻法》及司法解释关于裁判离婚标准的规定,采取的是例示主义立法模式。学界一致赞同“感情破裂”裁判离婚标准,也认可例示主义的立法模式。

(二)“感情破裂”VS.“婚姻关系破裂”

1.论争拉开序幕

改革开放后,人们的思想观念发生很大变化,重新思索爱情是婚姻基础的理论。上世纪 80 年代末,有学者撰文质疑“感情破裂”离婚标准的科学性和合理性,提出以“婚姻关系破裂”取而代之。张思沛教授提出,婚姻是作为男女两性精神生活、性生活与物质生活的共同体而存在的。婚姻的破裂并不只是感情的消失,只有上述三方面的内容都遭到了破坏,才意味着婚姻的崩溃和死亡。把感情破裂作为离婚的理由,不但有违世界各国立法的先例,其内容也是极不科学与合理,事实上也无法执行[20]。杨大文教授认为,“感情”属于精神生活的范畴,不是法律调整对象,将“感情确已破裂”改为“婚姻关系确已破裂”更为妥当[21]。

李忠芳教授反对上述观点,他认为,性生活和物质生活是夫妻间的外部联系,精神生活,即夫妻间的感情才是婚姻本质。感情虽然是主观的东西,但某一婚姻关系的感情基础如何,毕竟是客观存在的事实。外国立法确定婚姻破裂或婚姻关系破裂的法定离婚理由,同样不易把握和确认。早在 20 世纪 60 年代,我国司法实践已积累了“四看”的经验,这是我国法定离婚理由的创造性运用[22]。

这一回合的交锋,拉开了裁判离婚法定标准“感情破裂说”与“婚姻关系破裂说”论争的序幕。

2.论争达到高潮

1980 年《婚姻法》修改过程中,裁判离婚法定标准的讨论异常激烈。杨大文教授主张,在新法中可用“婚姻关系确已破裂,经调解无效,应准予离婚”,代替现行婚姻法的规定。在立法的方式上应当兼采概括主义和列举主义,将一般规定和具体规定有机地结合在一起[23]。



“婚姻关系破裂说”的观点为法学界所普遍接受,持“感情破裂说”的学者只占少数。“婚姻关系破裂说”的文章、论著[24]大批量发表后,很少有“感情破裂说”的文章、著作正面反驳。直到 1999 年《婚姻法修改论争》一书的出版,将论争推向高潮。曹诗权教授的文章主张中国未来婚姻家庭法的理想选择应该是坚持破裂原则,用婚姻关系破裂代替现行的感情破裂[25]。此外,该书收集的其他学者的文章,亦表达了将“感情破裂”修改为“婚姻关系破裂”或“婚姻破裂”的观点。

“婚姻关系破裂说”主要观点是指出“感情破裂”离婚标准逐渐显现的缺陷和不足: (1)夫妻感情属于意识形态范畴,不应该是法律调整的对象,婚姻法调整的对象是婚姻关系,不是夫妻感情。(2)婚姻是两性精神生活、性生活和物质生活的共同体,感情只是夫妻精神生活的一部分,不能涵盖婚姻的全部内容,感情破裂不是导致婚姻解体的唯一原因。(3)夫妻感情具有主观性、隐秘性和差异性,法官难以掌握,增加了离婚诉讼结果的随意性和盲目性。(4)马克思认为,婚姻本质上是一种特殊的社会关系,不赞成单纯从感情看待婚姻的本质。(5)从社会效果看,会误导当事人过分强调感情因素而轻率离婚,引出婚姻价值上的极端个人主义取向。(6)不符合我国社会主义初级阶段的社会状况,我国目前家庭以爱情为基础的婚姻所占比例不高。(7)与世界各国离婚立法不符合,绝大多数国家和地区都以婚姻关系无可挽回的破裂作为离婚的法定标准。(8)《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》所列举的情形有些与感情没有直接关系,其本身超出解释范围,有创设法律之嫌。因此,应该以“婚姻关系破裂”或“婚姻破裂”取代“夫妻感情破裂”作为离婚的法定标准。借鉴国外立法,实行例示主义,规定准予离婚的概括性法定条件,并列举造成离婚的若干常见情形。

“感情破裂说”的学者坚持认为,“夫妻感情确已破裂”的裁判离婚法定标准不容置疑。夏珍教授指出: 1980 年婚姻法确立“感情确已破裂”的离婚理由,曾经得到广泛的肯定。马克思将感情看作是婚姻的“内部”,而婚姻关系仅仅是一种“外表”或者说是形式,这一理论没有过时。“感情确已破裂”仍应作为离婚立法的原则,这符合广大人民的意志和利益,符合立法的科学性、客观性和可操作性的要求,具有先进性[26]。

2001 年《婚姻法修正案》仍以“夫妻感情破裂”作为判决准予离婚的标准⑥。并采取例示主义的方式,吸纳了“婚姻关系破裂”的一些情况,共列举了 5 种准予离婚的情形,还规定一方被宣告

失踪,另一方起诉要求离婚的,应准予离婚。即是说,《婚姻法修正案》在坚持"感情破裂说"的同时,部分地采纳了"婚姻关系破裂说"的立法建议。

3.论争仍在持续

《婚姻法修正案》的出台并没有结束学界关于离婚法定标准的讨论,"感情破裂说"的学者认为,《婚姻法修正案》的这一规定是成功的立法范例,是新婚姻法的一个立法亮点,一个真正的进步。而"婚姻关系破裂说"的学者对《婚姻法修正案》的规定感到遗憾,表示仍坚持独立见解,不轻言放弃,期望在日后的民法典中得以修改和完善。

蒋月教授从新的角度主张以"婚姻关系破裂且共同生活难以维持"作为离婚法定理由[27]。由专家主持编写的几个版本的民法典草案建议稿,均采"婚姻关系破裂说"来设计裁判离婚理由的法律条文[28]。

"感情破裂说"方面,在《婚姻法修正案》出台不久,廖伯雅法官即发表文章,肯定现行立法,反对"婚姻关系破裂说"的观点。对于感情不是法律调整对象的观点,作者认为,以"感情破裂"作为判离的标准,仅"是指离婚的标准,是离婚的实体性规定,不是离婚法调整的社会关系本身"。现代学术思想领域,法学与社会学、心理学等其他学科互相交叉和渗透,感情,尤其是夫妻间的情爱不应被法律所排斥。对于感情破裂概括不了离婚全部现象的观点,作者指出,离婚的本质是感情确已破裂,感情破裂是客观事实。对于"感情破裂"标准给司法机关带来困难的问题,作者认为,法官有能力、有责任得出准确的感情破裂与否的结论。多年来,各级各地区法院的审判实践足以证明[29]。王礼仁法官发表系列文章[30],力挺"感情破裂说",将此举喻为一场捍卫"夫妻感情破裂离婚标准"的"保卫战"。

(三)永恒的话题

从“理由论”与“感情论”的交锋到“感情破裂说”与“婚姻关系破裂说”的对决,离婚法定标准的论争结果反映了新中国成立以来,不同历史时期,人们婚恋观念的变化。如今,“理由论”与“感情论”的论争已离我们远去,曾经的精彩片段已被载入共和国婚姻立法史册,还在上演的是“感情破裂说”与“婚姻关系破裂说”的论争。

“婚姻关系破裂说”的理论反映出从上世纪 80 年代开始,人们更加理性地认识婚姻的本质,婚姻不仅仅是两个人的感情生活,婚姻家庭还承载着诸多的社会功能。1980 年《婚姻法》实施多年后,以政治标准代替婚姻属性的历史已经结束,面对婚姻家庭领域出现的新情况和新问题,需要重新审视婚姻的本质和裁判离婚的标准。“感情破裂说”始终坚持夫妻感情是维系婚姻关系的基石,并且从我国多年以来的司法实践出发,认为“感情破裂”已为民众所普遍接受,这是我国婚姻立法的特色,不容置疑。《婚姻法修正案》出台后,“婚姻关系破裂说”的观点和理由并没有太多的新意,大体上是以前观点和理由的重复。而“感情破裂说”的文章则对“婚姻关系破裂说”观点和理由作了较以前更加深入、全面的剖析和反驳。虽然持“感情破裂说”的文章、论著数目不及“婚姻关系破裂说”的多,但文章具有典型性,论证角度新颖。

目前,法学界对离婚法定标准的关注程度较《婚姻法修正案》颁布前后有所削减,然而,爱情与婚姻是人类永恒的话题。婚姻的基础是什么?法院判决离婚到底是以“感情破裂”为标准,还是以“婚姻关系破裂”为标准更为合理?这场学术之争仍将持续,我们期待着未来的民法典对此问题给出更加科学、合理的答案。

三、解除军婚特殊保护的论争

建国初期,军人为革命事业离开家庭,长期不能与配偶相聚,军婚须受到法律的特殊保护。根据 1950 年《婚姻法》第 19 条第 1 款,现役革命军人的配偶提出离婚的,须得革命军人的同意。“这是为了现行革命军人在前线安心杀敌的规定。……更会得到一切革命军人的配偶和整个社

会舆论的同情的。”[31]当时,革命军人的家属被称为“军用品”,是神圣不可侵犯的。军婚被喻为一根“高压线”,谁敢触摸,下场可悲。“文革”期间,处理破坏军婚的案件更是严上加严,用畸形的方式保护军人的婚姻。

十一届三中全会后, 1980 年《婚姻法》制定过程中,一些部门提出,建国以来已有 30 多年的和平时期,与革命战争时期相比,军人与其配偶的关系发生了实质性的变化,应该修改单方保护军人婚姻的措施,取消军人离婚必须征得军人一方同意的规定。但是,军事部门认为,和平时期,军人仍承担着保家卫国的重任,军人与其配偶分居两地的情况仍很普遍,对军人婚姻依法实行特别保护,对于消除军人的后顾之忧,维护军队稳定,增强部队战斗力仍有着积极的作用。不同意取消这一规定。

立法机关综合考虑社会发展的实际情况,采纳了军事部门的意见,在 1980 年《婚姻法》第 26 条保留了“现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意”的规定。为妥善处理和适用这一规定, 1984 年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》做出解释:“现役军人的配偶提出离婚,应按婚姻法第二十六条规定进行审理。军人不同意离婚时,应教育原告珍惜与军人的夫妻关系,尽量调解和好或判决不准离婚。对夫妻感情已经破裂,经过做和好工作无效,确实不能继续维持夫妻关系的,应通过军人所在部队团以上的政治机关,做好军人的思想工作,准予离婚。”也就是说,离婚与否,并非由军人一方说了算,既要坚持军婚特殊保护的法律原则,也要维护军人配偶的离婚权利,妥善处理现役军人离婚案件。

1980 年《婚姻法》修改过程中,对于解除军婚是否仍应实行特别保护再次成为学界争论的焦点,形成三种观点的分歧:

(一) 主张废除

有学者建议取消军人的离婚特权。表面上看,军人的离婚特权有利于保护军婚,实则不然。因军人的配偶与军人离婚难,可能导致军人找对象难、结婚难。用法律强制维系军婚的外壳,既对军人无益,又有害于其配偶。这种“损人不利己”的规定否定了军人配偶在婚姻关系中的平等权,

同时也是不人道的[32]。有的军人也认为,限制军人配偶离婚的规定不妥,这会导致非军人一方采取极端行为逼军人一方就范,搅扰军人工作和生活。《婚姻法》第 26 条应做修改[33]。

(二) 主张保留

有学者主张,《婚姻法》第 26 条应当保留,理由是:"随着社会主义市场经济的发展,近年来影响和制约军人婚姻家庭稳定的因素增多,同过去相比,目前我国的军婚保护工作形势并不乐观,特别是在一些边远艰苦的基层部队,军人婚姻问题往往在一定程度上影响了广大基层官兵安心部队服役,甚至影响到部队战备、训练等各项任务的完成,牵涉了各级领导大量精力,成为影响部队全面建设的突出问题之一。……婚姻法修正草案保留保护军婚的规定,是符合我国国情的,反映了国防和军队建设的实际需要,也符合广大人民群众的根本利益。"[34]

(三) 主张修改

有观点认为,虽有必要特别保护军婚,但不宜绝对化,建议:"关于军婚一条,应当加上军人有重大过错的除外,因为现在也有军人违反一夫一妻制和家庭暴力等行为,如果一味地强调军人一方的权利,势必会损害另一方的合法权益,这和我国宪法规定法律面前人人平等的原则不符"[33]。

鉴于建国以来两部婚姻法都对现役军人的离婚问题作了特殊规定,体现了军人婚姻历来受到党和国家的高度重视。立法机关采纳了第三种观点,认为对军婚予以特别保护是必要的,但是,对于军人一方有过错的,也应作相应的规定,以保护其配偶的合法权益。决定增加一个"但书"规定,形成《婚姻法修正案》第 33 条:"现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意,但军人一方有重大过错的除外。"

然而,学界对解除军婚特殊保护的规定并没有停止争论,主张废除的观点占大多数。理由主要是:该条偏离了婚姻的概念和本质;婚姻自由原则相抵触;有违"宪法至上"和人权精神;造成了权利义务关系的失衡;客观上提高了军人婚姻的门槛;国外法律一般没有保护军婚的规定等[35]。有

的学者还提出,创建军人家庭社会保障体系,给予军人家庭包括军人配偶在内的各种优惠补助或特殊的福利政策,提高军人的社会、经济地位等,以对军婚的务实保护取代现行的军婚民事保护[36]。

目前,虽然仍有学者主张法律对军婚作特殊保护[37],但在新形势下,人们(包括军人)的观念在改变,更加理性和宽容地对待离婚问题,提倡军人应正确行使《婚姻法》赋予的离婚否决权,最好选择登记离婚[38]。原先一直持保留观点的中央军委法制局法制员张建田,也对《婚姻法修正案》第 33 条的“但书”有了新的认识。他提出,社会在进步,军人的观念也在改变,对离婚的态度宽容多了。随着人们法制观念的增强,保护军婚的意识也在增强。保护军人婚姻除了靠法律法规,同时还靠军人自身素质的完善[1]。

四、离婚救济制度的论争

在无过错离婚法下,“离婚救济制度是法律为离婚过程中权利受到损害的一方提供的权利救济方式,也是为离婚时处于弱势一方提供的法律求助手段。”[7]因此,离婚救济制度的设计、内容安排是否合理,对于平衡离婚当事人的利益,实现法律的公平与正义至关重要。我国法学界关于各项离婚救济制度的讨论,推动了相关制度的建立和完善。

(一)离婚经济帮助制度的性质与完善措施

为了消除妇女在离婚问题上的经济顾虑,保障离婚自由的实现, 1950 年《婚姻法》除了规定离婚后生活帮助外⑦,还在离婚财产分割上作出明显有利于女方的规定⑧,在离婚共同债务偿还的规定上,要求男方承担更多的义务和责任⑨。

“文革”结束后,顺应广大妇女参加生产劳动,经济能力普遍提高的现实, 1980 年《婚姻法》删除了 1950 年《婚姻法》关于离婚时女方的婚前财产归女方所有的规定;并规定男女双方对离婚时的共同债务负有相同的偿还责任。对于”离婚后的生活帮助”, 1980 年《婚姻法》作了修改,第

33 条规定:“离婚时,如一方生活困难,另一方应给予适当的经济帮助。”与 1950 年《婚姻法》相比,帮助的时间短了,帮助的负担小了,准确地应称为“离婚时的经济帮助”,而不是“离婚后的生活帮助”。

1.离婚时经济帮助性质的观点分歧

上世纪 80 年代,离婚救济的话题鲜有人议论,各类教材只是简要地介绍离婚时经济帮助制度的内容。对于其定性,各类教材的观点基本相同,都认为离婚时对生活困难一方的经济帮助,不同于婚姻关系存续期间的扶养义务。它不是扶养义务的延长,而是解除婚姻关系时的一种善后措施,或者说是基于婚姻关系解除所派生出的社会道义上的责任[39]。

从上世纪 90 年代中期至今,关于离婚经济帮助是不是夫妻扶养义务的延伸,学界形成“肯定说”与“否定说”的对立。“否定说”与上世纪 80 年代的观点一脉相承,是我国大多数学者所持的见解[40]。率先提出肯定说的是陈小君教授,将离婚时经济帮助界定为“既是夫妻之间互相抚养的法律义务在离婚时的一种延伸和表现,也是扶弱济贫的社会主义道德的要求。”[41]此后,有些教材也做了相同的阐述[42]。蒋月教授对“否定说”关于离婚时经济帮助定性为“道义上的责任”提出质疑和批评,认为这种定性显然没有综合考虑婚姻当事人的全部情况,“道义上的责任”意味着可履行也可不履行,对当事人缺乏约束力。

面对“肯定说”的批评,“否定说”的学者给予回应,他们一方面坚持认为离婚经济帮助不是夫妻扶养义务的延伸,另一方面补充强调离婚经济帮助责任是一种社会道义上的责任(或法律责任),是由法律确认和保护的[44]。

法学界关于离婚时经济帮助性质的观点分歧,其中重要的原因是 1980 年《婚姻法》的相关规定不明确。然而,这只是一场学理上的争论,虽然学者们在离婚经济帮助是否为夫妻扶养义务的延伸问题上存在分歧,但有一点是形成共识的,即离婚经济帮助作为一项责任,是由法律确认和保障的,并非任由当事人履行或不履行。

2.修改还是取代离婚经济帮助制度

1980 年《婚姻法》修改的过程中,学者对离婚时经济帮助制度提出了修改意见和建议。有学者提出,部分地修正困难帮助规定的改良道路是行不通的,建立有条件的扶养费给付制度是唯一可行的办法[45]。还有学者认为,将“经济帮助”改为“扶助”,明确夫妻离婚后的扶助义务;规定扶助的标准;根据不同情况确定扶助的数额和期限;建立扶助费支付的担保制度等[46]。

然而, 2001 年《婚姻法修正案》并没有对原有的制度做实质性的修改,《婚姻法修正案》第 42 条规定只是增加规定了经济帮助的形式,即从住房等个人财产中给予适当帮助。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第 27 条对何谓生活困难及经济帮助的方式进行了解释,但没有明确离婚时经济帮助的性质,更不可能对其适用条件做修改。为此,学者们对现行立法的相关规定进一步加以评析,并提出立法建议。

法学界一致认为,现行离婚时经济帮助制度存在定性不准、适用条件苛刻、时间限制过短、适用范围狭窄、立法过于笼统等缺陷。但是,有关该制度的立法方案,却有不同的意见。有观点主张,创设完善的离婚扶养给付制度,以取代现行的离婚时经济帮助制度[47]。

另有观点认为,没有必要以离婚扶养给付制度取代离婚时经济帮助制度,而应是对现行立法的相关规定加以修改、补充和完善[48]。夏吟兰教授提出,离婚后经济帮助制度与离婚后扶养制度有很大的趋同性,在离婚后起到的作用也相当近似,没有必要将已被国民和社会普遍接受的离婚经济帮助制度改名为离婚后扶养制度。而是应当对我国现行的离婚经济帮助制度进行完善,包括完善经济帮助构成要件、对生活困难应重新定义、经济帮助的方式应灵活多样、规定明确具体的考量因素、对无房居住的困难一方进行帮助、对房屋的帮助应当是该房屋的居住权等[47]。

从 1950 年《婚姻法》的“离婚后生活帮助”到 1980 年《婚姻法》的“离婚时经济帮助”,与离婚经济补偿、离婚损害赔偿相比,它是新中国成立以来存续时间最长、发挥作用最大的离婚救济制度。随着人民生活水平的提高,现行的离婚时经济帮助制度在适用中显现出缺陷和不足。大多数学者主张修改,不同意以离婚后扶养制度取而代之。主张创设离婚扶养给付制度,取代离婚时



经济帮助制度的观点占少数。持修改的观点,主要是从我国多年以来的相关立法和司法实践出发;持取代的观点,更多的是着眼于借鉴国外立法经验。

(二)离婚经济补偿制度的适用范围

离婚经济补偿制度,也称为家务劳动补偿制度,是《婚姻法修正案》增设的内容⑩。《婚姻法修正案》施行多年后,婚姻法执行状况调查表明,我国采用分别财产制的夫妻极少,离婚时几乎没有要求离婚经济补偿的情况○11。该制度实际上形同虚设。

为此,学者们提出了修改意见,主张扩大离婚经济补偿制度的适用范围,既适用于夫妻分别财产制,也适用于夫妻共同财产制[49]。夏吟兰教授认为,对一方的家务劳动价值的承认不应仅限于适用分别财产制度,在保留离婚经济补偿制度的同时,应将肯认家务劳动价值的理念适用于分割夫妻共同财产中。只有肯定夫妻一方从事家务劳动的价值和对另一方事业发展所作的贡献,对尽义务较多、贡献较大者适当多分财产,才有可能通过对一方的救济和补偿实现法律的公平和正义[50]。

但有学者持不同的意见。李俊博士认为,离婚经济补偿制度适用范围的扩张并无必要。因为: 1.离婚经济补偿制度适用范围的扩张并无必要。夫妻共同财产制本身就已经隐含了对家务劳动价值的承认。2.离婚经济补偿制度的建立与分别财产制的采用具有密不可分的联系,这决定了限制离婚经济补偿制度适用范围的合理性。完善现行的离婚经济补偿制度,主要是作补充性规定,最需要补充的部分是法院在认定补偿数额时的参考因素,特别是对家务劳动价值进行适当评价的标准[51]。还有学者主张,删除《婚姻法》第 40 条,离婚经济补偿制度的价值和功能由完善后的夫妻共同财产制来实现[52]。

目前,大多数学者主张应扩大离婚经济补偿制度的适用范围。但是,这是否就能切实解决该制度的适用难问题?在实行夫妻共同财产制中应如何适用?家务劳动价值的评价标准是什么?这些都是完善离婚经济补偿制度有待解决的问题。因此,有必要结合我国的实际情况,设计出切实可行的制度方案,让离婚经济补偿制度真正发挥其维护婚姻内部公平的价值和功能。

(三)离婚损害赔偿制度的设立、责任性质等

1.是否应增设离婚损害赔偿制度

1950 年《婚姻法》和 1980 年《婚姻法》均未规定离婚损害赔偿制度, 20 世纪 80 年代末期,法学界开始关注这一问题。巫昌祯教授提出,长期以来,对离婚案件中的过错方一直没有惩罚性措施,只是在财产分割问题上,最高法院作过“照顾无过错方”的规定。在婚姻法中,如果把“照顾无过错方”的原则改为“惩罚有过错方”的原则,对于分清是非、伸张正义树立良好的社会风气会有积极的意义[53]。

在 1980 年《婚姻法》修改过程中,关于是否应增设离婚损害赔偿制度,学者们争论十分激烈,形成“肯定说”与“否定说”的对立。“肯定说”的学者提出,近年来,由于配偶一方的过错导致家庭破裂的离婚案件,占有相当比例。离婚案件中无过错方(多数是妇女)的身心受到极大伤害。广大社会公众主张采取措施加以遏制,责令有过错的配偶一方承担相应的法律责任。因此,修改婚姻法应当建立离婚损害赔偿制度,这是依法治国、完善婚姻法、保障离婚当事人合法权益、保持社会稳定的需要,也是司法公正部门执法的需要[54]。

“否定说”的学者不赞成设立离婚损害赔偿制度,理由主要有:夫妻忠实义务只是道德义务,无法强制执行,法律不应惩罚婚外恋;法律对因第三者插足引起家庭破裂的损害赔偿,违反婚姻的伦理本质,使婚姻商品化,使“爱情转换为金钱”;最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(1993 年 11 月 3 日)规定,在处理夫妻共同财产时“照顾无过错方”,这足以保护无过错方的利益,没有必要增设离婚损害赔偿制度;离婚损害赔偿不易于操作和执行,会使离婚过程变得相当复杂,增加法院的工作量。

“肯定说”的学者加以反驳:对于法律不应惩罚婚外恋的观点,陈苇教授指出,婚姻家庭关系既须道德规范,也须法律规范,两者相辅相成来保障实现。对于道德规范不足以制止的第三者插足

他人婚姻,与配偶一方通奸、姘居,侵害配偶另一方的配偶权,导致离婚的违法行为,必须运用法律手段加以制裁[55]。

王利明教授不赞成由法官要求作出生活补偿的方式代替过错赔偿,因为这可能缺乏客观依据和标准,不利于判决的执行。此外,离婚过错赔偿请求是在离婚时提出的,可以与离婚诉讼合并审理,并不增加新的诉讼[56]。

对于会使“爱情转换为金钱”的观点,陈苇教授认为这只见表面,未见实质。损害赔偿不会使人格权转化为金钱,离婚损害赔偿亦不会使爱情转化为金钱[55]。

关于分割夫妻共同财产时照顾无过错方的规定,李明舜教授指出,这种照顾只是夫妻共同财产分割中的参考因素,从数额和范围上也仅局限于夫妻共同财产,而不能涉及过错一方的个人财产,所以它无论是对过错方的惩罚还是对无过错方的保护均显得力度不够,而且以“照顾”代替“赔偿”也模糊了是非,淡化了责任,因此有必要规定离婚过错赔偿责任[57]。

肯定说的观点得到了立法机关的采纳,《婚姻法修正案》增设了离婚损害赔偿制度○12。虽然仍有学者认为这一规定是历史的倒退,该制度实际上不起作用,应该用离婚扶养费给付制度代替[58],但社会各界大多数人肯定这一制度,认为该制度的建立能有效保障婚姻家庭关系及妇女、儿童的合法权益。此后,学者们对离婚损害赔偿制度的性质、赔偿事由、责任主体等问题展开激烈的讨论。

2.离婚损害赔偿责任的性质是违约还是侵权

法学界关于离婚损害赔偿责任的性质,形成违约责任说与侵权责任说的分歧。

违约责任说的观点认为,夫妻关系是特殊的契约关系,婚姻契约当事人之间的权利义务因约定而产生,因违反义务而受惩罚。若婚姻当事人与他人同居或重婚,致使婚姻目的无法达到,则违反了婚姻忠实义务,应负违约责任。而非婚姻当事人与有配偶者同居或重婚,破坏他人婚姻,则构成侵权行为[59]。余延满教授也认为,违约责任说更为合理。因为,“婚姻本质上是一种身份契约,

它既可因当事人合意而解除(协议离婚),也可因具备法定原因依一定诉讼程序而解除(裁判离婚)。而此身份契约解除后,有过错的一方应当赔偿无过错方因此而受到的损害。”[60]

大多数学者主张,离婚损害赔偿责任是一种侵权责任[61]。蒋月教授认为,离婚损害赔偿是侵权责任的观点,能更好地反映婚姻的本质。她指出违约责任说逻辑上的缺陷:“如果说离婚损害赔偿是一种违约责任,那么,只要违约方承担了责任,就可随意解除婚姻这一‘特殊合同’,并且将无需承担其他法律责任了。这等于是说婚姻当事人在婚前就事先约定了婚姻解除期限和条件,或者就婚姻建立约定了相应对价的买卖婚姻都应是合法的了,这显然是比较荒谬的。我国《刑法》规定的重婚罪,在婚姻契约论中找不到理论依据。此外,在我国合同法主要采取严格责任原则,离婚损害赔偿责任视为违约责任,也难以体现社会的道德评价,甚至可能进一步导致滥用离婚诉权,不利于婚姻稳定和家庭和谐。”[27]

离婚损害赔偿责任性质的不同看法,源于对婚姻本质的不同认识。违约责任说源于婚姻契约说,侵权责任说的主要理论依据是婚姻制度说。其实,有关婚姻本质的学说分歧由来已久,各有利弊。目前,我国大多数学者持侵权责任说,表明人们更加理性地认识婚姻的本质,而不是把婚姻等同于商品交换。但是,这并不意味着能够否认婚姻是意思自治的产物。正如婚姻契约说与婚姻制度说互相无法取代一样,离婚损害赔偿责任的性质是违约责任还是侵权责任的论争,也不能绝对地分出胜负。

3.离婚损害赔偿的法定事由是否应扩大

《婚姻法修正案》第 46 条采列举方式清楚明白地规定离婚损害赔偿的四种事由,在审判实践中,法官没有自由裁量的余地。如此规定是否合理,学者们有不同的认识,有的主张应扩大离婚损害赔偿的法定事由,有的主张应维持现有规定。

夏吟兰教授主张,应适当扩大离婚损害赔偿的过错范围。因为,事实上,婚姻关系中的过错行为远不止婚姻法规定的四种情形,立法在列举性规定之后应增加一个概况性规定:“其他导致离婚的重大过错”。具体何种行为构成重大过错可由法官根据过错情节与伤害后果确定[62]。有些学

者还具体列明应该增加规定的事由,例如,通奸;有配偶者卖淫嫖娼;婚外同性恋;赌博成性;吸毒成瘾;一方婚前隐瞒精神病史和生理缺陷,婚后经治不愈的;一方隐瞒传染病史,婚后传染给对方致其健康权受损害;使他方欺诈性抚养子女;因犯强奸、猥亵儿童罪被判入狱;因一方的过错造成他方不育等[63]。

对此,有学者持不同的观点。陈苇教授不同意扩大规定离婚损害赔偿的法定原因,她指出:"通奸属于不道德行为,不宜由法律来规范;卖淫嫖娼行为主要是危害社会公共秩序,我国刑法和有关行政处罚条例对其已规定有相应的处罚措施。至于一方婚前故意隐瞒患有法律禁止结婚的疾病而结婚的,按新《婚姻法》的规定,其婚姻应属于无效婚姻而不是通过离婚解除。如果由此造成了他方的人身和财产上的损害,依民法通则有关规定精神,违法行为人应当承担侵权赔偿责任,而不是离婚损害赔偿责任。至于一方隐瞒其已婚史、性生理缺陷等而结婚的,并非所有的配偶他方都不能原谅而导致离婚,故不宜作为离婚损害赔偿的原因,但如果因此导致夫妻感情破裂的,可以依法请求离婚。"[64]

大多数学者主张应扩大规定离婚损害赔偿的事由,或者至少设一个兜底性的条款,给法官有自由裁量的余地。然而, 1980 年《婚姻法》修改过程中,学界曾经对"婚外情"、"包二奶"、"通奸"等行为是受法律惩罚还是道德约束展开过激烈的讨论,《婚姻法修正案》最终没有将其纳入调整范围。至于其他导致离婚的事由,已有相应的法律制度规范,所以,少数学者维持现状的主张不无道理。

4.离婚损害赔偿的责任主体是否应包括第三人

婚姻关系以外的第三人,明知对方有配偶而与之重婚或姘居的,该第三人是否要承担离婚损害赔偿责任,学界一直存在不小的争议,主要有"肯定说"与"否定说"。

巫昌祯教授持肯定说,认为,第三者既然和有过错的配偶一方共同侵犯了另一方的权利,也同样是为法律所禁止的违法或犯罪行为,理应共同承担责任。这既符合法理也符合情理,并有利于遏制婚外性关系的发生和蔓延[65]。

陈苇教授持否定说,因为,“第三者”不是一个法律概念,而是一个社会学概念。第三者的产生原因很复杂,对“第三者”不宜用法律一律加以惩罚。第三者如明知他人有配偶而与之结婚或以夫妻名义共同生活的,构成重婚罪,应依法追究刑事责任。其他与有配偶者姘居、通奸的第三者,一般可通过道德谴责、党纪政纪处分以及批评教育等方式处理。但如第三者实施违法行为,侵害合法配偶的人身权利或财产权利造成损害后果的,受害人可依民法通则有关规定提起侵权损害赔偿之诉[66]。

上述意见的分歧,实际上是 1980 年《婚姻法》修改前,法律是否惩罚“第三者”这一问题的讨论在《婚姻法修正案》出台后的延续。《婚姻法修正案》没有规定“第三者”的法律责任,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第 29 条第 1 款的规定明确把“第三者”排除在婚姻法律规范之外。这一问题的讨论与“离婚损害赔偿的法定事由是否应扩大”的讨论具有相似性,主要导源于婚姻家庭领域法律与道德的关系问题。至于故意破坏他人婚姻关系的“第三者”,是否要依据《民法通则》的相关规定承担侵权损害赔偿责任,目前司法审判并不统一。

5.是否只有无过错方配偶才享有离婚损害赔偿请求权

1980 年《婚姻法》修订过程中,王利明教授对《婚姻法修正草案》的相关规定作出评析。他认为,草案第 46 条规定只有无过失方才能请求损害赔偿值得商榷,因为,这种规定没有完全考虑到家庭关系的特点,家庭出现纠纷、夫妻关系破裂具有多方原因或互为因果。如果对受害人提出请求的条件规定过于苛刻,就不能体现对受害人进行保护和对行为人进行制裁的作用。该规定没有将过错的性质和程度作出区别。建议将“无过失方”改为“受害人”,只要一方因法律规定的过错而导致离婚的,受害人可以请求损害赔偿[56]。

《婚姻法修正案》第 46 条将草案中的“无过失方”改为“无过错方”,但实际上并没有改变只有无错方才有权请求损害赔偿的意旨,学者们对此规定提出异议。巫昌祯教授、夏吟兰教授指出,在婚姻关系中,没有绝对的无过错一方,宜用“受害方”取代“无过错方”[67]。有学者认为,“无过错”具有很大的模糊性和不确定性,在审判活动中不易操作[68]。有学者指出,只有无过错方才有权请

求损害赔偿,有重大过失的一方无权提起损害赔偿的规定存在诸多缺陷[69]。还有学者提出,即使双方均有过错,仍有权请求赔偿至于赔偿的具体数额法官可以比较双方的过错程度,综合考虑各种主客观因素,运用过失相抵的原则来确定[70]。

但是,另有学者持不同的观点。蒋月教授认为,如果夫妻双方均有过错,任何一方依法都不享有离婚损害赔偿请求权。因为,首先,对婚姻而言,过错是特定的。法律不可能追究婚姻当事人的所有过错行为,只能追究那些危害较大的重大过错的行为。其次,婚姻当事人的过错之间,可能存在某种联系,但这绝不可能是因果联系[71]。陈苇教授亦认为,不宜实行过失相抵。原因在于违法行为数量的多少往往较难查证;并且基于离婚损害赔偿的功能之一,就是预防、制裁侵害配偶合法权益的违法行为,故不宜实行过失相抵[64]。还有学者提出,所谓的“过错相抵”缺乏可操作性。这种“过错相抵”不但会加大对离婚损害赔偿的认定难度,甚至可能因此而使当事人双方陷入更为激烈的矛盾当中[51]。

离婚损害赔偿是侵权损害赔偿的一种类型,根据侵权行为法的一般原理,如果对于损害后果的发生,侵权人与受害人均有过错的,可以实行过错相抵。但是,婚姻具有特殊的伦理性,离婚损害赔偿制度的设立旨在惩罚和制裁导致婚姻关系破裂的有过错一方,补偿和救济无过错一方,促使和维持婚姻关系的稳定。所以,套用侵权行为法的一般原理解释离婚损害赔偿制度,并不一定合适,这是产生观点分歧的重要原因。

综观离婚救济各项具体制度的讨论,尤其是离婚损害赔偿制度相关问题的讨论,可谓是“百家争鸣”。然而,学术观点的论争没有输赢之分,学者们提供的制度设计“只有更好,没有最好”,共同的意旨在于寻找更加科学、合理、符合我国实际情况的立法方案。

注释:

①本文以贯穿新中国六十周年离婚法学重大问题的论争为素材,不谈及离婚法学其他重要问题的研究情况。

②建国以来,可分为以下几个历史时期:第一, 20 世纪 50-70 年代末,社会主义改造和建设时期;第二, 20 世纪 80-90 年代末,社会主义市场经济体制初步建立时期;第三, 21 世纪,社会主义市场经济体制日臻完善时期。本文以此为时间脉络,介绍和评述不同时期离婚法重大问题论争情况。

③《中华苏维埃共和国婚姻条例》第 9 条。

④1978 年,遇罗锦与北京某厂工人蔡钟培结婚后,得以调回北京。1980 年,遇罗锦起诉要求离婚,她曾在文章中写到,自己对蔡某没有爱人的感情,继续维持没有爱情的婚姻是最不道德的。但蔡钟培称,遇罗锦是在地位、条件好转后变了心,是忘恩负义。1980 年 9 月,朝阳区法院经多次调解无效后,判决准予离婚。蔡钟培不服提起上诉,中级人民法院发回朝阳区法院重审。1981 年 5 月 14 日,经法官耐心细致的调解,双方在离婚调解书上签了字。

⑤1980 年《婚姻法》第 25 条第 2 款。

⑥《婚姻法修正案》第 32 条。

⑦1950 年《婚姻法》第 25 条。

⑧1950 年《婚姻法》第 23 条第 1 款。

⑨1950 年《婚姻法》第 24 条。

⑩《婚姻法修正案》第 40 条。

○11 具体数据可参见:夏吟兰著:《离婚救济制度之实证研究》,载《政法论坛》, 2003 年第 6 期;王琪著:《经济学视阈的离婚妇女财产权益》,载《求索》, 2006 年第 7 期。

○12《婚姻法修正案》第 46 条。

参考文献:

:

[1]转引自黄传会.天下婚姻———共和国三部婚姻法纪事[M].北京:文匯出版社, 2004.

[2]陈明侠,薛宁兰.关于离婚自由与我国裁判离婚标准的几点思考[J].妇女研究论丛, 1998, (4).

[3]卓冬青.应当加强离婚限制[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[4]吴洪.对离婚不能没有限制[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[5]李银河.在修改婚姻法时要警惕倒退[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[6]徐安琪.婚姻法修改的误区———限制离婚[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[7]夏吟兰.离婚自由与限制论[M].北京:中国政法大学出版社, 2007.

[8]婚姻案件审判的社会责任和审判技巧[J].中国审判新闻月刊, 2006, (8).

[9]马忆南.二十世纪之中国婚姻家庭法学[J].中外法学, 1998, (2).

[10]转引自夏吟兰.论离婚自由及其限制———以自由与正义的衡平为线索[D].北京:中国政法大学, 2006.

[11]刘云祥.关于正确认识和处理当前的离婚问题———与幽桐同志商榷[J].法学, 1958, (3).

[12]石磊.怎样看爱情的“变化”和“破裂”[J].中国妇女, 1957, (8).

[13]或羊.当前的离婚现象是反常的吗? [J].中国妇女, 1957, (9).

[14]顾联璜,佟本礼.谈感情和理由[J].中国妇女, 1957, (12).

[15]北京大学法律系民法教研室.对离婚问题的分析和意见[J].中国妇女, 1958, (4).

[16]巫昌祯,夏吟兰.离婚新探[J].中国法学, 1989, (2).

[17]常国顺.社会主义社会的婚姻基础是爱情吗? [J].北京政法学院学报, 1982, (1).

[18]任国钧.社会主义社会婚姻不是以感情为基础吗?———与常国顺同志商榷[J].北京政法学院学报, 1982, (3).

[19]杨怀英.正确理解婚姻法第 25 条的精神[A].西南政法学院民法教研室.婚姻家庭论文集[C].1985;杨大文.婚姻法教程•第二版[M].北京:法律出版社,1986;巫昌祯.婚姻法论[M].中央广播电视大学出版社,1986;陈明侠.婚姻法[M].成都:四川人民出版社,1988.

[20]张思沛.离婚理由的比较分析[J].中国法学, 1989, (1).

[21]杨大文.完善社会主义初期阶段的婚姻家庭制度[J].中国法学, 1989, (2).

[22]李忠芳.论我国法定离婚理由的依据及其领先性[J].吉林大学社会科学学报, 1990, (2).

[23]杨大文.法定离婚理由之我见[J].民主与法制, 1998, (3).

[24]陈明侠,薛宁兰.关于离婚自由与我国裁判离婚标准的几点思考[J].妇女研究论丛, 1998, (4);邓宏碧.完善我国婚姻家庭制度的法律思考•上[J].现代法学, 1997, (1);樊丽君.我国婚姻法离婚理由的立法完善[J].法律科学, 1997, (5);陈苇.中国婚姻家庭法立法研究[M].北京:群众出版社, 2000;马忆南.中国婚姻家庭法的传统与现代化———写在婚姻法修改之际[J].北京大学学报•哲学社会科学版, 2001, (1);巫昌祯,夏吟兰.《婚姻法》增改动议观点综述[J].民主与法制, 1998, (7).

[25]曹诗权.裁判离婚标准的评价与选择[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[26]夏珍.“感情破裂”作为判决离婚的理由不容置疑[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[27]蒋月.婚姻家庭法前沿导论[M].北京:科学出版社, 2006.

[28]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由•亲属编[M].北京:法律出版社, 2006;王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由[M].北京:

法律出版社, 2005;徐国栋.绿色民法典草案[M].北京:社会科学文献出版社, 2004.

[29]廖伯雅.离婚标准保留“夫妻感情确已破裂”之阐释[EB/OL]. http: //www1. peopledaily. com. cn/.

[30]王礼仁.离婚标准不能动摇———“夫妻感情离婚标准”保卫战第一枪[EB/OL]. http: //article. chinalawinfo. com /;“夫妻感情确已破裂”的离婚标准不能动摇———兼与巫昌祯等教授学者商榷•上、中、下[EB/OL]. http: //www. lawtw. com /;“夫妻感情确已破裂”的离婚标准过时了吗? [EB/OL]. http: //oldfyb. chinacourt. org/.

[31]陈绍禹.关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告[A].刘素萍.婚姻法学参考资料[M].北京:中国人民大学出版社,1989.

[32]王胜明,孙礼海.《中华人民共和国婚姻法》修改立法资料选[M].北京:法律出版社, 2001;吴晓芳.军婚与其他婚姻应一视同仁[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.



[33]王胜明,孙礼海.《中华人民共和国婚姻法》修改立法资料选[M].北京:法律出版社, 2001.

[34]张建田.保护军婚是我国的一项法律制度[N].解放军报, 2001-02-25(3).

[35]朱国平.保护军婚立法的法理反思[J].研究生法学, 2001, (4);周伟.国家与婚姻:婚姻自由的宪法之维[J].河北法学, 2006, (12);周江陵.对军婚保护特殊法条的思考[J].法学杂志, 2007, (1).

[36]周江陵.对军婚保护特殊法条的思考[J].法学杂志, 2007, (1);姜瑞云.现行法律对军婚保护的不足及完善[J].河北法学, 2008, (10).

[37]罗军怀.浅谈《婚姻法》修正中"忠实义务"与"保护军婚"[J].法律适用, 2001, (7);陈清.我国婚姻法军婚特别保护探析[D].北京:中国政法大学, 2007.

[38]荀恒栋.军婚特别规定新解[M].北京:解放军出版社, 2003.

[39]杨大文.婚姻法学[M].北京:中国人民大学出版社, 1989;任国钧.婚姻法通论[M].北京:中国政法大学出版社, 1988;巫昌祯.婚姻法教程[M].北京:中国政法大学出版社, 1985;王战平.中国婚姻法教程[M].北京:人民法院出版社, 1989.

[40]杨大文.亲属法[M].北京:法律出版社, 1997;巫昌祯.婚姻与继承法学[M].北京:中国政法大学出版社, 1997;张贤珏.婚姻家庭法教程[M].北京:法律出版社, 1995;夏吟兰.婚姻家庭与继承法学原理[M].北京:中国政法大学出版社, 1999;马忆南.婚姻家庭法新论[M].北京:北京大学出版社, 2002;余延满.亲属法原论[M].北京:法律出版社, 2007.

[41]陈小君.婚姻家庭法学[M].北京:中国检察出版社, 1995.

[42]曹诗权.婚姻家庭继承法学[M].北京:中国民主法制出版社, 1999;巫昌祯.婚姻家庭法新———比较研究与展望[M].北京:中国政法大学出版社, 2002.

[43]蒋月,庄丽梅.我国应建立离婚后扶养费给付制度[J].中国法学,1998, (3);陈苇,冉启玉.离婚扶养制度研究[J].月旦民商法,2004, (6).

[44]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法学[M].北京:中国人民大学出版社, 2006;陶毅.婚姻家庭法[M].北京:高等教育出版社, 2006.

[45]蒋月,庄丽梅.我国应建立离婚后扶养费给付制度[J].中国法学, 1998, (3).

[46]王岩.对离婚制度的思考与探讨[J].中华女子学院学报, 1998, (2).



[47]张学军.论离婚后的扶养立法[M].北京:法律出版社,2004;马忆南.离婚救济制度的评价与选择[J].中外法学,2005, (2);张翠娟.完善我国夫妻离婚后的扶养制度[J].安徽大学学报•哲学社会科学版, 2006, (3);汪迪波.关于离婚后原配偶间扶养费给付问题研究[J].甘肃社会科学,2004, (6).

[48]夏吟兰.离婚自由与限制论[M].北京:中国政法大学出版社, 2007;李俊.离婚救济制度研究[M].北京:法律出版社, 2008;陈群峰.离婚利益协调机制研究[M].北京:人民法院出版社, 2008;王旭霞.离婚救济制度之探讨[J].甘肃政法学院学报, 2003, (6);宋豫,陈鸣.我国离婚经济帮助制度的立法缺陷及其完善[J].法学杂志, 2008, (3).

[49]夏吟兰.离婚救济制度之实证研究[J].政法论坛, 2003, (6);巫昌祯.婚姻法执行状况调查[M].北京:中央文献出版社, 2004;夏吟兰.离婚自由与限制论[M].北京:中国政法大学出版社, 2007;李洪祥.论离婚经济补偿制度的重构[J].当代法学, 2005, (6);赵丽霞.我国离婚经济补偿制度的立法完善[J].当代法学, 2006, (1);何俊萍.我国离婚补偿制度应适用夫妻共同财产制[A].陈苇.家事法研究•2007 年卷[M].北京:群众出版社, 2008.

[50]夏吟兰.离婚救济制度之实证研究[J].政法论坛, 2003, (6).

[51]李俊.离婚救济制度研究[M].北京:法律出版社, 2008.

[52]宋豫.试论我国离婚经济补偿制度的存废[J].现代法学, 2008, (5).

[53]巫昌祯.完善离婚制度的几点设想[J].法学杂志, 1989, (1).

[54]王胜明,孙礼海.《中华人民共和国婚姻法》•修改立法资料选[M].北京:法律出版社, 2001.

[55]陈苇.应建立离婚损害赔偿制度[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[56]王利明.婚姻法修改中的若干问题[J].法学, 2001, (3).

[57]李明舜.我看离婚中的损害赔偿问题[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999;刘春梅.用侵权损害赔偿取代照顾无过错方原则[A].李银河,马忆南.婚姻法修改论争[M].北京:光明日报出版社, 1999.

[58]马忆南.离婚救济制度的评价与选择[J].中外法学, 2005, (2);钱明星,马忆南,朱苏力,王歌雅.私权的勃兴第三专题:离婚救济方式的评价与选择[EB/OL]. http: //www. chinalawinfo. com /.

[59]郭丽红.论离婚损害赔偿之诉[J].河北法学, 2002, (5).



[60]余延满.亲属法原论[M].法律出版社, 2007.

[61]杨立新.离婚过错损害赔偿的法律适用[N].检察日报, 2001-05-29(7);黄建水.离婚过错损害赔偿制度的理论与实践[J].当代法学,2002, (8);韩成军.关于我国离婚损害赔偿制度的若干思考[J].河南社会科学, 2005, (1);薛宁兰.我国离婚损害赔偿制度的完善[J].法律适用, 2004, (10).

[62]夏吟兰.离婚救济制度之实证研究[J].政法论坛, 2003, (6);薛宁兰.我国离婚损害赔偿制度的完善[J].法律适用, 2004, (10);巫昌祯.进一步完善婚姻法的几点思考[J].金陵法律评论, 2006•春季卷;陈群峰.离婚利益协调机制研究[M].北京:人民法院出版社,2008.

[63]王歌雅.关于离婚损害赔偿制度的若干思考[J].求是学刊, 2004, (4);薛宁兰.我国离婚损害赔偿制度的完善[J].法律适用, 2004,

(10);王梅霞.我国离婚损害赔偿制度之完善[J].河北法学, 2008, (7);陈群峰.离婚利益协调机制研究[M].北京:人民法院出版社,2008.

[64]陈苇.离婚损害赔偿法律适用若干问题探讨[J].法商研究, 2002, (2).

[65]巫昌祯.进一步完善婚姻法的几点思考[J].金陵法律评论, 2006•春季卷;杨立新.论侵害配偶权的精神损害赔偿责任[J].法学, 2002,

(7);蔡福华.夫妻财产纠纷解析[M].北京:人民法院出版社,2003;王歌雅.关于离婚损害赔偿制度的若干思考[J].求是学刊, 2004, (4);何志.婚姻法判解研究与适用[M].北京:人民法院出版社,2004;王梅霞.我国离婚损害赔偿制度之完善[J].河北法学,2008, (7).

[66]陈苇.离婚损害赔偿法律适用若干问题探讨[J].法商研究, 2002, (2);孙若军.论离婚损害赔偿制度[J].法学家, 2001, (5);于东辉.离婚损害赔偿制度研究[J].政法论丛, 2002, (3);郭丽红.论离婚损害赔偿之诉[J].河北法学, 2002, (5);李俊.离婚救济制度研究[M].北京:法律出版社, 2008.

[67]巫昌祯,夏吟兰.《民法典•婚姻家庭编》之我见[J].政法论坛, 2003, (1).

[68]李忠芳.关于《中华人民共和国婚姻法》的几个问题[J].国家检察官学院学报, 2001, (2).

[69]于东辉.离婚损害赔偿制度研究[J].政法论丛, 2002, (3).

[70]张晓远.离婚过错赔偿的若干问题探讨[J].西南民族大学学报•人文社科版, 2003, (6);王歌雅.关于离婚损害赔偿制度的若干思考[J].求是学刊, 2004, (4);王梅霞.我国离婚损害赔偿制度之完善[J].河北法学, 2008, (7).



[71]蒋月.夫妻的权利与义务[M].法律出版社, 2001;夏吟兰.离婚制度若干问题探析[A].夏吟兰,蒋月,薛宁兰. 21 世纪婚姻家庭关系新规制[C].北京:中国检察出版社, 2001;蔡福华.夫妻财产纠纷解析[M].北京:人民法院出版社, 2003.

（雷春红，厦门大学法学院民商法学博士研究生，浙江工业大学之江学院讲师。原文发表于《河北法学》2010 年 3 月刊。原文链接：http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=4942）

【返回目录】

➢➢

此电子周刊由「我在中国」（Co-China）论坛志愿者团队制作，「我在中国」（Co-China）论坛开始于 2009 年 8 月，每月在香港举办一场公开讨论，并借助网络视频直播、文字直播等方式将现场放大至全球任何地方。我们希望提供独立、客观、理性的观点和论述，并关注被主流媒体忽略的议题和讨论。目前已举办二十二场讨论，嘉宾有艾未未、长平、陈冠中、贺卫方、胡泳、梁文道、欧宁、潘毅、叶荫聪、周保松、许宝强等。2011 年 6 月开始，为了丰富论坛的主题，我们在固有论坛的基础上开始一个 Co-China X 系列，这些讨论、沙龙由 Co-China 同一些友好团体合作举办，试图将更多有价值的讨论呈现于网络。论坛网址：https://cochina.org/

若希望订阅此电子周刊请发一封空邮件至 cochinaweekly+subscribe@googlegroups.com，也欢迎大家转发分享。想加入「我在中国」（Co-China）论坛的志愿者团队，请发电邮至 co.china.online.email@gmail.com.

论坛网址：https://cochina.org/
论坛 twitter：Co-China 論壇（http://twitter.com/#!/CoChinaOnline）
论坛新浪微博：CoChina 論壇（http://t.sina.com.cn/1729620664 ）

轮值编辑：谢璇、姚梧雨童
版面设计：豆弟
技术支持：毛向辉
主编：方可成
出品人：杜婷

